

University of Groningen

## Stel gerust een prejudiciële vraag!

Squintani, Lorenzo; Zijlmans, Jacqueline

*Published in:*  
NBR Tijdschrift Natuurbeschermingsrecht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Squintani, L., & Zijlmans, J. (2018). Stel gerust een prejudiciële vraag! Toepassing van de CILFIT-doctrine in geval van mitigerende (en compenserende) maatregelen. *NBR Tijdschrift Natuurbeschermingsrecht*, 2018(2), 40-55. [26].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# 26. Stel gerust een prejudiciële vraag!

## Toepassing van de CILFIT-doctrine in geval van mitigerende (en compenserende) maatregelen

JACQUELINE ZIJLMANS EN LORENZO SQUINTANI

Om een uniforme toepassing van het Europese recht te kunnen waarborgen, bepaalt artikel 267 van het EU-Werkingsverdrag (VWEU) dat ingeval van onduidelijkheid omtrent uitleg of toepassing van het Europese recht de nationale rechter een prejudiciële vraag hierover aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof of HvJ EU) kan stellen.

### 1. Inleiding

Voortbouwend op artikel 4 lid 3 VEU is de nationale rechter ingevolge artikel 267 VWEU zelfs verplicht tot het stellen van prejudiciële vragen indien de uitspraak niet vatbaar is voor hoger beroep; met andere woorden, hiertegen geen 'gewoon rechtsmiddel' meer open staat<sup>1</sup> en de rechter een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van zijn vonnis.

Om de samenwerking met nationale rechters te bevorderen, heeft het Hof twee uitzonderingen op deze verplichting geformuleerd. Ten eerste is een nationale rechter niet verplicht zich tot het Hof te wenden als het in het verleden al een duidelijk antwoord op de vraag heeft geformuleerd of het antwoord op de vraag kan worden gevonden aan het hand van vaste jurisprudentie van het Hof in vergelijkbare gevallen: de zogenaamde *acte éclairée*. Dat houdt in dat de bepaling reeds door het Hof opgehelderd is. Ten tweede geldt er in de gevallen waarin het Europese recht niet aan duidelijkheid te wensen overlaat (*acte claire*) evenmin een verwijzingsplicht.

Zoals het Hof duidelijk heeft gemaakt in het CILFIT-arrest (C-283/81<sup>2</sup>) van 6 oktober 1982 mag echter niet al te snel

van een *acte claire* worden uitgegaan. Er moet in dit verband rekening worden gehouden met de verschillende taalversies van het Europees Verdrag, de eigen terminologie van het Europese recht, de context van de in het geding zijnde bepaling en betrokken bepaling van het EU-recht moet worden uitgelegd in het licht van dit recht in zijn geheel, zijn doelstellingen en zijn ontwikkelingsstand op het ogenblik waarop de betrokken bepaling moet worden toegepast.

De strengheid van de criteria voor de toepassing van de CILFIT-uitzonderingen is in de literatuur jarenlang onderwerp van discussie geweest.<sup>3</sup> In 2015 lijkt het Hof de criteria betreffende de *acte claire*-uitzondering te hebben versoepeld. In de gevoegde zaken *Van Dijk* (C-72/14 en C-197/14) van 9 september 2015 heeft het Hof geoordeeld dat geen verwijzingsplicht geldt voor de hoogste rechter als deze wel, maar een lagere nationale rechter niet van een *acte claire* uitgaat. In de zaak C-160/14 (*Ferreira e.a.*) van eveneens 9 september 2015 heeft het Hof aansluitend geoordeeld dat indien het gevaar bestaat voor uiteenlopende rechtspraak binnen de EU, de hoogste rechter wél

<sup>1</sup> In sommige gevallen zijn nationale rechters waarvan de uitspraken wel nog in hoger beroep kunnen worden aangevochten verwijzingsplichtig indien zij van oordeel zijn dat een handeling van een Europese instelling nietig is (HvJ EU zaak C-314/85, *Foto-Frost*). Nationale gerechten zijn immers niet bevoegd om uitspraak te doen over de geldigheid van het Europese recht. Zie in dit verband als voorbeeld de uitspraak van het HvJ EU in de zaak C-281/16 (*Vereniging Hoekschevaards Landschap*), 19 oktober 2017, inzake het schrappen uit de door de Commissie opgestelde lijst van gebieden van communautair belang van de Leenheerenpolder als onderdeel van het Natura 2000-gebied Haringvliet. Zie met betrekking tot deze uitspraak, onder andere, het commentaar van Jacqueline Zijlmans, «JM» 2017/150.

<sup>2</sup> ECR 3415, ECLI:EU:C:1982:335.

<sup>3</sup> Zie met name H. Rasmussen, 'The European Court's Acte Claire Strategy in Cilfit', *European Law Review* (1984) 9, p. 242-59, op p. 242; A. Arnulf, 'The Use and Abuse of Article 177 EEC', *The Modern Law Review* (1989) 52(5), p. 622-39, op p. 624; F. Mancini & D. Keeling, 'From CILFIT to ERT: The Constitutional Challenge Facing the European Court', *Yearbook of European Law* (1991) 11(1), p. 1-13, op p. 4; P. Allott, 'Preliminary Rulings: Another Infant Disease?', *European Law Review* (2000) 25(5), p. 538-47, op p. 538; T. Tridimas, 'Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure', *Common Market Law Review* (2003) 40(1), p. 9-50, op p. 9; P.J. Wattel, 'Köbler, CILFIT and Welthgrove: We Can't Go on Meeting Like This', *Common Market Law Review* (2004) 41(1), p. 177-90, op p. 177; N. Fenger & M.P. Broberg, 'Finding Light in the Darkness: On the Actual Application of the Acte Claire Doctrine', *Yearbook of European Law* (2011) 30(1) p. 180-212, op p. 180; V. Heyvaert, J. Thornton & R. Drabble, 'With Reference to the Environment: the Preliminary Reference Procedure, Environmental Decisions and the Domestic Judiciary', (2014) *Law Quarterly Review* 413, op p. 413.

verplicht is tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof.<sup>4</sup>

Zoals de titel te kennen geeft, kijken we in dit artikel of het vertrouwen dat het Hof lijkt te geven aan nationale rechters door de criteria voor *acte clair* te versoepelen, een juiste keuze is. Meer in het bijzonder is het doel van dit artikel vast te stellen hoe de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State (Afdeling of ABRvS) met de zogeheten CILFIT-doctrine omgaat in de context van ingevolge artikel 6 Habitatrichtlijn (Hrl) te treffen mitigerende (en compenserende) maatregelen, zoals uitgelegd door het Hof in de zaken *Sweetman*,<sup>5</sup> *Briels*,<sup>6</sup> *Orleans & Malcorps*.<sup>7</sup>

De focus op artikel 6 Hrl is gerechtvaardigd door de spanning die zich met name in het natuurbeschermingsrecht doet gevoelen tussen enerzijds een volledige en effectieve implementatie van het Europese milieurecht en anderzijds het zoveel mogelijk afzien van het stellen van prejudiciële vragen teneinde de ontwikkeling van projecten en plannen niet onnodig te vertragen,<sup>8</sup> en dus tijd en geld te kunnen uitsparen. Onder de bepalingen van de Hrl (en Vogelrichtlijn (Vrl)) die in de praktijk als meest belemmerend voor de uitvoering van projecten of plannen worden beschouwd, vallen met name de leden 3 en 4 van artikel 6 Hrl.<sup>9</sup>

Ter verzachting van de strikte uitleg van deze bepalingen zijn er door initiatiefnemers en de nationale overheden allerlei creatieve, niet op de richtlijnen gestoelde oplossingen bedacht bij de uitleg van, onder andere, de begrippen 'mitigerende' (en 'compenserende') maatregelen.

Dankzij de uitspraken van het Hof in *Sweetman*, *Briels* en de gevoegde *Orleans*-zaken kunnen we deze creatieve oplossingen en de manier waarop nationale rechters deze hebben beoordeeld tegen het licht houden. De uitgebreide jurisprudentie van de Afdeling inzake de uitleg van artikel 6 Hrl stelt ons in staat vast te stellen of de Afdeling haar

plicht tot nauwe samenwerking met de EU bij de handhaving van het Europese recht in het kader van de prejudiciële procedure nakomt en of het vertrouwen van het Hof in de loyaliteit van de nationale rechter, zoals het Hof in *Van Dijk* heeft laten blijken,<sup>10</sup> al dan niet gerechtvaardigd is.

Ter beantwoording van deze vraag staan we, om te beginnen, stil bij het bepaalde in artikel 6, leden 3-4 Hrl in relatie tot de begrippen mitigatie en compensatie (par. 2). Omdat we ervan uitgaan dat de meeste lezers van dit tijdschrift inmiddels vertrouwd zijn met de inhoud van deze bepalingen van artikel 6 Hrl worden stilgestaan. Vervolgens zullen de uitspraken van het Hof in de zaken *Sweetman*, *Briels*, *Orleans & Malcorps* (en de *Kolencentrale Moorborg*-zaak) aan bod komen (par. 3), waarna de, naar onze mening, meest relevante uitspraken van de Afdeling van vóór en na voornoemde uitspraken van het Hof in relatie tot het begrip mitigatie en het begrip compensatie besproken zullen worden (par. 4). Zoals geconcludeerd in paragraaf 5, maakt deze analyse duidelijk dat het vertrouwen van het Hof in de loyaliteit van de nationale rechter niet gerechtvaardigd is.

## 2. Artikel 6 leden 3-4 Hrl: mitigerende en compenserende maatregelen

Dankzij artikel 6 Hrl, dat het kader bevat voor de bescherming van de door de lidstaten ingevolge de Vrl en Hrl aan te wijzen Natura 2000-gebieden,<sup>11</sup> is deze richtlijn geen papieren tijger.<sup>12</sup> Terwijl artikel 6 lid 1 Hrl vooral ziet op het treffen van positieve en proactieve maatregelen ter bescherming van Natura 2000-gebieden, dienen de lidstaten ingevolge lid 2 van artikel 6 preventieve maatregelen te treffen ter voorkoming van kwaliteitsverslechtering van de habitats en/of significante<sup>13</sup> verstoring van de soorten in deze

4 Dit is het geval als rechterlijke instanties in verschillende lidstaten herhaaldelijk vragen hebben gesteld aan het EU-Hof over een onderwerp.

5 HvJ EU 11 april 2013, zaak C-258/11 (*Peter Sweetman and Others*), ECLI:EU:C:2013:220, *JM* 2013/88, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans.

6 HvJ EU 15 mei 2014, zaak C-521/12 (*T.C. Briels e.a.*), ECLI:EU:C:2014:330; *JM* 2014/81, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; J.M.I.J. Zijlmans en A.A. Freriks, 'Hoe verder met mitigatie en compensatie? Uitspraak Hof van Justitie C-521/12 (Briels e.a.) nader beschouwd', *TGMA* 2014/3, p. 110-118; R.H.W. Frins, *AB* 2014/189; R.H.W. Frins, *TBR* 2014/206.

7 HvJ EU 21 juli 2016, gev. zaken C-387/15 en C-388/15 (*Orleans & Malcorps*), ECLI:EU:C:2016:583; Jacqueline Zijlmans, 'Verdere verheldering van het begrip mitigerende maatregelen', *JM* 2016/906.

8 De tijd die het Hof nodig heeft voor het beantwoorden van prejudiciële vragen is gemiddeld 15 maanden.

9 G. Wandesforde-Smith en N. Watts, 'Wildlife Conservation and Protected Areas: Politics, Procedure, and the Performance of Failure under the EU Birds and Habitats Directives', *Journal of International Wildlife Law and Policy* 2014/7, p. 62-80; F.H. Kistenkas, 'Rethinking European Nature Conservation Legislation: Towards Sustainable Development', *Journal for European Environmental and Planning Law* 2013/10.1, p. 72-84, op p. 83; H. Schoukens, 'Habitats Restoration Measures as Facilitators for Economic Development within the context of EU Habitats Directive: Balancing No Net Loss with the Preventive Approach?', *Journal of Environmental Law* 2017/29(1), p. 47-73.

10 Het is aan de nationale rechter om te bepalen of het om een 'acte éclairée' of 'acte claire' gaat en dus om te bepalen of het noodzakelijk is een prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen (reeds aangehaalde *Van Dijk*-uitspraak, r.o. 57-59).

11 Zie voor wat betreft het selectieproces van Natura 2000-gebieden, o.a. H. Schoukens & H.E. Woldendorp, 'Site Selection and Designation under the Habitats and Birds Directives' in: C.H. Born and Others (eds.), *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context – European Nature's Best Hope?*, Routledge, 2015, p. 31-55.

12 Zie G. Wandesforde-Smith en N.S.J. Watts, 'Wildlife Conservation and Protected Areas: Politics, Procedure, and the Performance of Failure under the EU Birds and Habitats Directives', *Journal of International Wildlife Law and Policy* (2014) 17(1-2), p. 62-80; Cf. P. Scott, 'Appropriate Assessment: A Paper Tiger' in: Gregory Jones (ed.), *The Habitats Directive – A Developer's Obstacle Course*, Hart, 2012, p. 103-118. Een andere mening kan worden verdedigd ten aanzien van verbindingzones, zie L. Squintani, 'The development of ecological corridors', *Journal for European Environmental & Planning Law* (2012) 9(2) p. 180-200.

13 Zie over het begrip 'significant', o.a. de (*Santoña Marshes*)-zaak van het HvJ EU 2 augustus 1993, zaak C-355/90 (*Commissie/Spanje*), ECR I-4221, waaruit volgt dat ook kleinschalige projecten significante effecten kunnen hebben.

gebieden.<sup>14</sup> In tegenstelling tot lid 2, dat van toepassing is op alle (al dan niet vergunde of toegestane) activiteiten, is het bepaalde in de leden 3 en 4 van artikel 6 enkel van toepassing op projecten en plannen. De begrippen 'project' of 'plan' moeten (zeer) ruim worden uitgelegd.<sup>15</sup>

De leden 3 en 4 van artikel 6 bevatten een stapsgewijze procedure voor het toestaan van projecten of plannen met mogelijke significante effecten op een Natura 2000-gebied.<sup>16</sup> Artikel 6 lid 3 bepaalt dat voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten<sup>17</sup> significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, een passende beoordeling wordt gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdende met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in lid 4 geven de bevoegde nationale instanties slechts toestemming voor dat plan of project nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten en nadat zij in voorkomend geval inspraakmogelijkheden hebben geboden. Ook projecten of plannen buiten een Natura 2000-gebied met gevolgen voor de in het gebied voorkomende natuurwaarden vallen hieronder (de zogenaamde 'externe werking').<sup>18</sup>

De zinsnede 'kan hebben' in lid 3 impliceert dat ook projecten of plannen met, al dan niet cumulatief, mogelijke significante effecten passend beoordeeld moeten worden.<sup>19</sup> Dit is

het gevolg van het aan de richtlijnen ten grondslag liggende voorzorgsbeginsel.<sup>20</sup>

Het begrip 'natuurlijke kenmerken' in lid 3 slaat op de door de richtlijnen te beschermen soorten en habitat(s) (typen) waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen en dus ook op de in het aanwijzingsbesluit van betrokken gebied geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen voor deze natuurwaarden.<sup>21</sup> Ten slotte kan een project of plan waarvan niet uitgesloten kan worden dat het de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied aantast, enkel toegestaan worden na de in artikel 6 lid 4 Hrl verankerde ADC-toets met succes te hebben doorlopen.<sup>22</sup> Dat houdt in dat aangetoond moet worden dat, ter bereiking van het beoogde doel, er geen alternatieve oplossing is met minder schadelijke gevolgen; dat de inbreuk kan worden gerechtvaardigd vanwege een dwingende reden van groot openbaar belang<sup>23</sup> en tenslotte dat de schade die niet gemitigeerd kan worden, tijds en functioneel gecompenseerd wordt.

In de ingevolge lid 3 te maken passende beoordeling van de (mogelijke) significante gevolgen van het beoogde project of plan mag niet met compenserende, maar wel met mitigerende maatregelen rekening worden gehouden.<sup>24</sup> In tegenstelling tot compenserende maatregelen, die impliceren dat de (rest)schade achteraf functioneel wordt 'vervangen' teneinde de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk te kunnen blijven waarborgen, impliceert mitigatie dat de schadelijke gevolgen voorkomen of in ieder geval beperkt worden.

14 Voor het verschil tussen de leden 1n en 2 van artikel 6 Hrl, zie o.a. de reeds aangehaalde en verderop nog ter sprake komende gev. zaken *Orleans & Malcorps*. Zie ook H. Schoukens, 'Ongoing Activities and Natura 2000: Biodiversity Protection vs Legitimate Expectations', *Journal for European Environmental & Planning Law* (2014) 11(1), p. 1-30.

15 Voor de begrippen 'projecten' en 'plannen' zie o.a. J.M.I.J. Zijlmans, 'Een "project" of "andere handeling" in de zin van artikel 19d Natuurbeschermingswet 1998', *JEM* 2014/912; N. de Sadeleer, 'Assessment and Authorization of Plans and Projects Having a Significant Impact on Natura 2000 Sites', in: B. Vanheusden & L. Squintani (eds.), *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects*, Intersentia, 2016, p. 281-320, op p. 286-294. Zie tevens de verderop in par. 4.5 nog ter sprake komende PAS-verwijzingsuitspraken van de Afdeling van 17 mei 2017 (HvJ EU zaak C-293/17 (*Coöperatie ME en Vereniging Leefmilieu*) en C-294/17 (*Werkgroep Behoud de Peel*)).

16 Zie met name N. de Sadeleer, 'Assessment and Authorization of Plans and Projects Having a Significant Impact on Natura 2000 Sites', in: B. Vanheusden & L. Squintani (eds.), *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects*, Intersentia, 2016, p. 281-320, op p. 286-294.

17 E. Lees, 'Allocation of Decision-Making Power under the Habitats Directive', *Journal of Environmental Law* (2016) 28(2), p. 191-219, op p. 194.

18 Zie in dit verband de in par. 4.5 hierna nog aan bod komende PAS-verwijzingsuitspraken.

19 Zie o.a. HvJ EU 7 september 2004, zaak C-127/02 (*Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee and Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels*), ECLI:EU:C:2004:482, r.o. 36.

20 Zie o.a. N. de Sadeleer, 'Assessment and Authorization of Plans and Projects Having a Significant Impact on Natura 2000 Sites', in: B. Vanheusden & L. Squintani (eds.), *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects*, Intersentia, 2016, p. 281-320, op p. 286-294. Zie in dit verband ook E. Stokes, 'Liberalising the Threshold of Precaution – Cockle Fishing, the Habitats Directive, and Evidence of a New Understanding of "Scientific Uncertainty"', *Environmental Law Review* (2005) 7(3), p. 206-14, op p. 206; J. Verschuuren, 'Shellfish for Fishermen or for Birds? Article 6 Habitats Directive and the Precautionary Principle', *Journal of Environmental Law* (2005) 17(2), p. 265-83, op p. 265.

21 Zie in dit verband ook de in de volgende par. te bespreken *Sweetman*-zaak.

22 Zie over deze bepaling, A. Nollkamper, 'Habitat Protection in European Community Law: Evolving Conceptions of a Balance of Interests', *Journal of Environmental Law* (1997) 9(2), p. 271-86, op p. 271; R. Clutton & I. Tafur, 'Are Imperative Reasons Imperiling the Habitats Directive? An Assessment of Article 6(4) and the IROPI Exception', in: G. Jones (ed.), *The Habitats Directive: A Developer's Obstacle Course?*, Hart Publishing 2012, p. 167-82, op p. 167; L. Krämer, 'The European Commission's Opinions under Article 6(4) of the Habitats Directive', *Journal of Environmental Law* (2009) 21(1), p. 59-85, op p. 59; C.P. Rodgers, *The Law of Nature Conservation: Property, Environment, and the Limits of Law*, Oxford University Press, 2013, p. 225-32; N. De Sadeleer, 'Projects authorized based on Article 6(4) of the Directive are at times called "unsustainable development" projects.

23 Welke in het geval van prioritair Hrl-soorten enkel na instemming door de Commissie van sociale of economische aard mag zijn.

24 Bij de vraag of er sprake is van mogelijke significante gevolgen mag er volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling nog geen rekening worden gehouden met mitigerende maatregelen.

De complexiteit van de relatie tussen artikel 6 lid 1 en artikel 6 lid 4 maakt de grens tussen ‘nationale koppen’<sup>25</sup> en correcte implementatie onduidelijk.<sup>26</sup> Doordat met behulp van mitigerende maatregelen voorkomen kan worden dat de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied worden aangetast, heeft men dit begrip zoveel mogelijk proberen op te rekken.<sup>27</sup> Met de in de volgende paragraaf te bespreken zaken *Sweetman*, *Briels* en *Orleans & Malcorps* is echter komen vast te staan dat de begrippen ‘aantasting van de natuurlijke kenmerken’ (*Sweetman*) en ‘mitigerende maatregelen’ (*Briels*) beperkt moeten worden uitgelegd en aan strikte voorwaarden zijn gebonden.

### 3. De zaken *Sweetman*, *Briels*, *Orleans & Malcorps*

#### 3.1 *Sweetman*

De *Sweetman*-uitspraak van 11 april 2013, inzake uitleg van het begrip ‘aantasting natuurlijke kenmerken’, betrof de toestemming voor de aanleg van een rondweg in Ierland die gedeeltelijk een (aangemeld) Natura 2000-gebied doorkruist. Door dit wegenbouwproject zullen in het betrokken gebied ongeveer 1,47 ha aan naakte, kalkhoudende rotsbodem definitief verloren gaan in een zone met 85 ha van dit prioritair habitatype. De totale oppervlakte van dit habi-

tatype dat in haar geheel in dit gebied is gelegen, bedraagt 270 ha.

Volgens het bevoegd gezag zou het project, ondanks de grote impact, de natuurlijke kenmerken van het gebied niet aantasten. Hiertegen is *Sweetman* in beroep gekomen.

De Ierse *Supreme Court* vraagt zich af wanneer en onder welke voorwaarden een plan of project waarvoor een passende beoordeling is verricht de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied kan aantasten. Omdat de *Kokkelvisserij*-uitspraak (C-127/02) van 7 september 2004 (‘wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel’) zijn twijfels in dit verband niet kon wegnemen, stelt het Ierse Gerechtshof, om te beginnen, aan het HvJ EU de vraag welke juridische criteria een bevoegde instantie dient toe te passen bij de beoordeling van de vraag of een plan of project de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet zal aantasten.

De tweede prejudiciële vraag is of toepassing van het voorzorgsbeginsel tot gevolg heeft dat geen toestemming kan worden verleend voor een dergelijk plan of project indien het tot blijvend onherstelbaar verlies van de gehele betrokken habitat of een deel daarvan zal leiden.

**Deze zaken laten zien dat er sprake is van een tendens bij de Afdeling om geen prejudiciële vragen te stellen en tot conclusies te komen die niet verenigbaar zijn met het EU-recht**

Tenslotte stelt het Ierse Gerechtshof de vraag of er een verband – en zo ja, welk – bestaat tussen artikel 6 lid 4 Hrl en de krachtens artikel 6 lid 3 genomen beslissing dat het plan of project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten. Het Hof stelt allereerst vast dat, teneinde de draagwijdte van de uitdrukking ‘de natuurlijke kenmerken van het gebied aantasten’ in samenhang te kunnen beoordelen, de bepalingen van artikel 6 Hrl als een coherent geheel moeten worden uitgelegd.

Na nog eens stil te staan bij de inhoud van en relatie tussen de verschillende leden van artikel 6 Hrl concludeert het Hof dat een ingreep geen aantasting van de natuurlijke kenmerken van een gebied meebrengt indien dat gebied wordt behouden in een gunstige staat van instandhouding, hetgeen volgens het Hof neerkomt op het duurzame behoud van de in de richtlijn bedoelde bepalende kenmerken van het gebied die verband houden met de aanwezigheid van een type natuurlijke habitat waarvan het doel van instandhouding ertoe heeft geleid dat het in het geding zijnde gebied in de communautaire lijst is opgenomen.

De bevoegde instanties kunnen dus slechts toestemming verlenen voor een plan of project in de zin van artikel 6 lid 3 Hrl indien zij, na alle aspecten van het plan of project te hebben geïdentificeerd die afzonderlijk of in combinatie

- 25 Zie met betrekking tot het begrip ‘nationale koppen’, L. Squintani, *Gold-plating of European Environmental Law* (diss.), Universiteit Groningen, 2013; H.T. Ankere.a., ‘Coping with EU Environmental Legislation: Transposition Principles and Practices’, *Journal of Environmental Law* (2015) 27(1), p. 17-44; J.H. Jansen e.a., ‘“Gold Plating” of European Environmental Measures?’ *Journal for European Environmental & Planning Law* (2009) 6(4), p. 417-35, op p. 418; L. Squintani, M. Holwerda & K.J. de Graaf, ‘Regulating Greenhouse Gas Emissions from EU ETS Installations: What Room is Left for the Member States’, in: M. Peeters, M. Stallworthy & J. de Cedra de Larragán (eds.), *Climate Law in EU Member States*, Edward Edgar, 2012, p. 67-88. Zie over ‘nationale koppen’ in relatie tot het Nederlandse natuurbeschermingsrecht, L. Squintani & J. Zijlmans, ‘“Nationale koppen” en de doorwerking van natuurbeschermingsverdragen’, *MR* 2013/3, p. 158-71.
- 26 H. Schoukens and A. Cluquet, ‘Mitigation and Compensation under EU Nature Conservation Law in the Flemish Region: Beyond the Deadlock for Development Projects’, *Utrecht Law Review* (2014) 10(2), p. 194-215, op p. 207. J.M.I.J. Zijlmans & H.E. Woldendorp, ‘Compensation and Mitigation: Tinkering with Natura 2000 Protection Law’, *Utrecht Law Review* (2014) 10(2), p. 172-93, op p. 172; J. Verschuuren, ‘Climate Change: Rethinking Restoration in the European Union’s Birds and Habitats Directive’, *Ecological Restoration* (2010) 28(4) p. 431-9, op p. 433; H. Schoukens & Hans Woldendorp, ‘De Habitatrichtlijn als Doos van Pandora: Het A2-arrest van het Europese Hof van Justitie’, *M&R* 2015/2. Over de relatie tussen een correcte implementatie van artikel 6 Hrl en de daadwerkelijk verbetering van biodiversiteit, zie J.V. Lopez-Bao and Others, ‘Toothless Wildlife Protection Laws’, *Biodiversity and Conservation* (2015) 24(8), p. 2105-2108; P.F. Donald et al., ‘International Conservation Policy Delivers Benefits for Birds in Europe’, *Science* (2007) 317(5839) p. 810-813; G. Chaprone.a., ‘Recovery of Large Carnivores in Europe’s Modern Human-Dominated Landscapes’, *Science* (2014) 346(6216), p. 1517-9; H. Schoukens, ‘Habitats Restoration Measures as Facilitators for Economic Development within the context of EU Habitats Directive: Balancing No Net Loss with the Preventive Approach?’, *Journal of Environmental Law* 2017/29(1), p. 47-73.
- 27 Zie o.a. Jacqueline Zijlmans en Hans Woldendorp, ‘Compensation and Mitigation: Tinkering with Natura 2000 Protection Law’, *Utrecht Law Review* 2014/10, p. 178 e.v.



met andere plannen of projecten de instandhoudingsdoelstellingen van het betrokken gebied in gevaar kunnen brengen en rekening houdend met de beste wetenschappelijke kennis ter zake, de zekerheid hebben verkregen dat het geen blijvende schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied. Dit is het geval als er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel meer bestaat over het feit dat dergelijke gevolgen ontbreken.<sup>28</sup>

De bevoegde nationale instanties mogen derhalve geen toestemming verlenen voor ingrepen die de ecologische kenmerken van gebieden met prioritaire typen natuurlijke habitats blijvend in gevaar dreigen te brengen. Dat zou volgens het Hof met name het geval zijn indien een ingreep zou kunnen leiden tot het verdwijnen of de gedeeltelijke en onherstelbare vernietiging van een prioritaire type natuurlijke habitat in het gebied.<sup>29</sup>

Uit het voorgaande volgt, aldus het Hof, dat artikel 6 lid 3 Hrl in die zin moet worden uitgelegd dat een plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een gebied de natuurlijke kenmerken van dat gebied aantast indien het in de weg kan staan aan het duurzame behoud van de in deze richtlijn bedoelde bepalende kenmerken van het betrokken gebied die verband houden met de aanwezigheid van een prioritaire natuurlijke habitat waarvan het doel van instandhouding ervan ertoe heeft geleid dat dit gebied op de lijst van GCB's is opgenomen. Bij de beoordeling daarvan moet het voorzorgsbeginsel worden toegepast.

Uit *Sweetman* kan worden afgeleid dat mitigerende maatregelen moeten kunnen verzekeren ('wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel'<sup>30</sup>) dat de natuurlijke kenmerken van het betrokken Natura 2000-gebied duurzaam behouden worden.<sup>31</sup>

Dit is dus de betekenis van het voorzorgsbeginsel onder artikel 6 lid 3 Hrl.<sup>32</sup>

### 3.2 Briels

De *Briels*-uitspraak van 15 mei 2014 betreft de uitleg van artikel 6 leden 3 en 4 Hrl in het kader van een geding tussen Briels en de Nederlandse minister van Infrastructuur en Milieu (tegenwoordig: Infrastructuur en Waterstaat) inzake een verbredingsproject van een tracé van de Rijksweg A2 tussen Den Bosch en Eindhoven. Het project heeft ten gevolge van stikstofdepositie negatieve gevolgen voor een Natura 2000-gebied dat onder meer voor het (niet prioritaire) habitatype blauwgrasland is aangewezen. De instandhoudingsdoelstelling ziet op de uitbreiding van de oppervlakte van dit habitatype en de verhoging van de kwaliteit ervan.

Door de hydrologische situatie in de betrokken zone van het gebied te verbeteren, kan de omvang en kwaliteit van blauwgraslanden ten opzichte van het bestaande areaal in het gebied worden verhoogd. Door de aanleg van nieuw blauwgrasland kan volgens het bevoegd gezag worden voldaan aan de instandhoudingsdoelstellingen voor dit habitatype. De vraag is, samengevat, of een dergelijke maatregel als een mitigerende maatregel en zo nee, als een compenserende maatregel kan worden aangemerkt.

Het Hof stelt, om te beginnen, vast dat het in het geding zijnde project dreigt het duurzame behoud van de wezenlijke kenmerken van het gebied in gevaar te brengen en bijgevolg de natuurlijke kenmerken van het gebied kan aantasten. De voorgestelde beschermingsmaatregelen doen niets af aan die vaststelling.<sup>33</sup> Mitigerende maatregelen zijn volgens het Hof maatregelen waarmee de gevolgen die rechtstreeks uit een project of plan voortvloeien, voorkomen of verminderd kunnen worden teneinde ervoor te zorgen dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet worden aangetast.

Verder wijst het Hof er op dat de eventuele positieve gevolgen van het achteraf tot ontwikkeling brengen van een nieuw habitat, waarmee het verlies aan oppervlakte en kwaliteit van ditzelfde type habitat in een beschermd gebied dient te worden gecompenseerd – ook al zou het om een groter areaal van een hogere kwaliteit gaan – in de regel onzeker zijn en dat deze gevolgen hoe dan ook slechts binnen enkele jaren zichtbaar zullen worden.<sup>34</sup> Bijgevolg kan daarmee in het kader van de bij die bepaling vastgestelde procedure volgens het Hof geen rekening worden gehouden. Het is evenwel slechts wanneer een plan of project, ondanks negatieve conclusies van de passende

28 Vgl. HvJ EU 24 november 2011, zaak C-404/09 (*Commissie/Spanje*), r.o. 99, en HvJ EU 16 februari 2012 zaak C-182/10, (*Solvay e.a.*), ECLI:EU:C:2012:82, r.o. 67.

29 Zie in dit verband o.a. HvJ EU 20 mei 2010, zaak C-308/08 (*Commissie/ Spanje*), r.o. 21, en HvJ EU 24 november 2011, zaak C-404/09 (*Commissie/ Spanje*), reeds aangehaald, r.o. 163.

30 Kokkelvisserij-uitspraak, HvJ EU zaak C-127/02 (*Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee and Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels*), ECLI:EU:C:2004:482.

31 N. De Sadeleer, 'Assessment and Authorization of Plans and Projects Having a Significant Impact on Natura 2000 Sites', in: B. Vanheusden & L. Squintani (eds.), *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects*, Intersentia, 2016, p. 281-320, op p. 306; R. Frins & H. Schoukens, 'Balancing Wind Energy and Nature Protection: From Policy Conflicts Towards Genuine Sustainable Development', in: L. Squintani and Others (eds.), *Sustainable Energy United in Diversity – Challenges and Approaches in Energy Transition in the European Union* (European Environmental Law Forum, 2014), p. 85-110. Voor jurisprudentie zie het kokkelvisserij-arrest (zie noot 31), r.o. 67; zaak C-6/04 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk & Noord-Ierland*) [2005] ECR I-9017, ECLI:EU:C:2005:626; zaak C-239/04 (*Commissie/ Portugal*) [2006] ECR I-10183, ECLI:EU:C:2006:665, r.o. 24; zaak C-404/09 (*Commissie/ Spanje*), [2011], ECR I-0000, ECLI:EU:C:2011:768, r.o. 99.

32 Zie ook H. Schoukens, 'The Ruling of the Court of Justice in *Sweetman*: Hot to Avoid the Death by a Thousand Cuts?', *Environmental Law Network International Review* (2014), p. 2-12. Zie over het verband tussen het voorzorgsbeginsel onder *Sweetman* en het begrip 'mitigerende maatregelen', o.a. E.J.H. Plambeck & L. Squintani, 'De Bescherming en Verbetering van de Waterkwaliteit in Nederland, of: een Troebele Implementatie van de KRW', *M&R* 2017/2, p. 2-14.

33 *Briels*, r.o. 28 en 29.

34 *Briels*, r.o. 32.

beoordeling en bij ontstentenis van alternatieve oplossingen, om dwingende redenen van groot openbaar belang met inbegrip van redenen van sociale of economische aard toch moet worden gerealiseerd, de lidstaat ingevolge lid 4 alle nodige compenserende maatregelen neemt om te waarborgen dat de algehele samenhang van het Natura 2000-netwerk bewaard wordt.<sup>35</sup>

Dit arrest maakt duidelijk dat maatregelen enkel als mitigerende maatregelen kunnen worden opgevoerd als ze aan bepaalde voorwaarden voldoen. Over de exacte betekenis van deze voorwaarden was er echter ook na *Briels* nog veel onduidelijkheid. Met name was het onduidelijk welke mate van zekerheid over de effecten van de maatregelen er moet zijn<sup>36</sup> en hoe functioneel de verbondenheid van de maatregelen met het beoogde project moet zijn. Deze vragen werden door het Hof beantwoord in de gevoegde zaken *Orleans & Malcorps*.

### 3.3 Gevoegde zaken *Orleans & Malcorps*<sup>37</sup>

Op 21 juli 2016 deed het Hof uitspraak in de gevoegde zaken *Orleans & Malcorps* inzake de rechtmatigheid van de besluiten van het Vlaamse Gewest houdende vaststelling van het gewestelijk ruimtelijke uitvoeringsplan 'Afbakening zeehavengebied Antwerpen, havenontwikkeling linkerover' (GRUP). Het GRUP zal met name leiden tot een verlies van 20 hectare schorren en slikken in het betrokken Natura 2000-gebied.

Naar aanleiding van de gestelde prejudiciële vragen over het karakter van de in het plan opgenomen maatregelen in relatie tot lid 3 (mitigerende maatregelen) en lid 4 (compenserende maatregelen) van artikel 6 Hrl, stelt het Hof, om te beginnen, vast dat de beoogde maatregelen er vooral in voorzien dat een deel van het gebied verloren gaat, waaruit volgt dat dergelijke maatregelen in ieder geval geen maatregelen ter instandhouding van het gebied kunnen zijn in de zin van artikel 6 lid 1 Hrl. Deze maatregelen zijn evenmin preventieve maatregelen in de zin van artikel 6 lid 2 Hrl ter voorkoming van verslechtering van habitats en/of significante verstoring van soorten.

Wat artikel 6 lid 3 Hrl aangaat, stelt het Hof vast dat, in tegenstelling tot *Briels*, de beoogde maatregelen worden getroffen vóórdat de aantastingen plaatsvinden. Het resultaat van de ontwikkeling van de voorziene natuurkerngebieden is echter onzeker, daar de ontwikkeling ervan op het moment van de passende beoordeling niet voltooid is. Hierdoor kan, evenals in *Briels*, niet met zekerheid door het bevoegd gezag worden vastgesteld dat de natuurlijke

kenmerken van het gebied niet worden aangetast. Mits wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 6 lid 4 Hrl kunnen de maatregelen wel als compenserende maatregelen dienen, aldus het Hof.<sup>38</sup> Het Hof voegt hieraan nog toe dat mitigerende maatregelen functioneel aan het beoogde project verbonden moeten zijn.<sup>39</sup> Maatregelen die ingevolge de leden 1 en 2 van artikel 6 Hrl worden getroffen, kunnen enkel als mitigerende maatregelen worden aangemerkt als ze specifiek gericht zijn op het voorkomen of beperken van de schadelijke gevolgen van het beoogde project of plan.<sup>40</sup>

Overigens verbaast het ons dat de Afdeling een dergelijke vraag niet eerder heeft gesteld, terwijl daartoe wel gelegenheid was.

Alhoewel het Hof in de *Kokkelvisserij*-uitspraak, en naderhand in *Sweetman*, reeds duidelijk maakte dat aan de hand van de passende beoordeling er, vanwege het voorzorgsbeginsel, wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel mag bestaan aan het voorkomen van aantasting van de natuurlijke kenmerken, maakte het Hof met zijn uitspraak in *Orleans & Malcorps* klip-en-klaar duidelijk dat juist vanwege die zekerheid op het moment van de passende beoordeling de mitigerende maatregelen uitgevoerd dienen te zijn. Op dat moment dienen het resultaat en dus de effectiviteit van die maatregelen duidelijk te zijn.

Het oordeel van het Hof in *Orleans & Malcorps* wordt nog eens bevestigd in de *Kolencentrale Moorbург*-zaak.<sup>41</sup>

In de meeste gevallen zullen de mitigerende maatregelen dus op het moment van de passende beoordeling voltooid dienen te zijn. Het is overigens de vraag of dit voor alle gevallen zou moeten gelden.<sup>42</sup> Er zijn immers gevallen waarin de schadelijke gevolgen zich pas geleidelijk of slechts tijdelijk voordoen. Zo kan het volstaan dat windturbines enkel tijdens de ochtend- en avondtrek worden stilgezet teneinde de corridorfunctie voor vogels overeind

35 Vgl. HvJ EU zaak C-304/05 (*Comissie/Italië*), r.o. 81; zaak C-182/10 (*Solvay e.a.*); zaak C-182/10, r.o. 72 en *Sweetman*, r.o. 34.

36 Over de relatie tussen onzekerheid en compenserende maatregelen, zie E. Lees, 'Allocation of Decision-Making Power under the Habitats Directive', *Journal of Environmental Law* (2016) 28(2), p. 191-219, op. p. 200.

37 HvJ EU 21 juli 2016, gev. zaken C-387/15 en C-388/15 (*Orleans & Malcorps*), ECLI:EU:C:2016:583.

38 Zie over de uitspraak van het Hof in de gev. zaken *Orleans en Malcorps*, o.a. Jacqueline Zijlmans, 'Verdere verheldering van het begrip mitigerende maatregelen', *JM* 2016, afl. 8, p. 870/873.

39 Vgl. Europese Commissie, *Beheer van Natura 2000-gebieden*, De bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG), Brussel 2000, p. 45.

40 H. Schoukens, 'Habitats Restoration Measures as Facilitators for Economic Development within the Context of EU Habitats Directive: Balancing No Net Loss with the Preventive Approach?', *Journal of Environmental Law* (2017) 29(1), p. 47-73; E. Plambeck en L. Squintani, 'De bescherming en verbetering van de waterkwaliteit in Nederland: of hoe vertroebeling niet bijdraagt aan een helder begrip en een juiste implementatie van de KRW', *M&R* 2016/1, p. 2-14 en 2017/2.

41 Zie over de *Kolencentrale Moorbург*-uitspraak van het Hof, o.a. Jacqueline Zijlmans, 'Hoe verder met mitigatie en cumulatie? De uitspraak van HvJ EU 26 april 2017 zaak C-142/16 (*Commissie/Duitsland*), nader beschouwd', *NBR* 2017/4.

42 Zie het hiervoor aangehaalde commentaar door Zijlmans bij de uitspraak, *JM* 2017/80.

te kunnen houden.<sup>43</sup> Frins is in zijn commentaar bij deze uitspraak echter de mening toegedaan dat in alle gevallen op het moment van de passende beoordeling de mitigerende maatregelen voltooid moeten zijn.<sup>44</sup>

Aangezien artikel 6 lid 3 (en 4) Hrl ook op plannen van toepassing zijn, geldt voornoemde zekerheid ook in het geval van plannen. De vraag is echter of dit wel mogelijk is bij (de meeste) plannen die pas in een latere fase nader in concrete projecten worden uitgewerkt, zodat op planniveau de gevolgen nog niet afdoende ingeschat kunnen worden, laat staan dat er op dat moment al een goed beeld is van de te treffen maatregelen of dat die op dat moment al voltooid zijn! Er zal veelal pas op projectniveau voldoende inzicht zijn in de schadelijke gevolgen en hiermee dus ook in de te treffen mitigerende maatregelen. Het is bij dergelijke plannen, naar onze mening, dan ook niet haalbaar om reeds bij de passende beoordeling ervoor te zorgen dat de noodzakelijke mitigerende maatregelen voor de schadelijke gevolgen van de door het plan voorziene projecten voltooid zijn.

Tenzij met zekerheid kan worden gesteld dat ook zonder mitigerende maatregelen de natuurlijke kenmerken niet worden aangetast, lijkt het er, naar onze mening, op dat bij het beoordelen van plannen slechts compenserende maatregelen onder artikel 6 lid 4 Hrl mogelijk zijn. Een toets aan artikel 6 lid 4 Hrl hoeft zeker bij plannen echter geen probleem te zijn. Als er een plan is, moet worden aangenomen dat er, rekening houdende met het beginsel van behoorlijk bestuur, is vastgesteld dat er geen alternatieve oplossing is, dat er sprake is van een (groot en dwingend) publiek belang en dat compenserende maatregelen, in vergelijking met mitigerende maatregelen geen extra, buitensporige lasten met zich meebrengen. Het voldoen aan de ADC-toets is meestal alleen een probleem bij kleine projecten (geen dwingende reden; geen geld).

Overigens lijkt de strenge uitleg die het Hof in *Orleans & Malcorps* hanteert omtrent het functioneel zijn van de mitigerende maatregelen op het moment van de passende beoordeling vooral te gelden voor die gevallen waarin er nog twijfels (kunnen) bestaan over de effectiviteit van die maatregelen. Is het bijvoorbeeld mogelijk dat de positieve effecten van een nog te bouwen geluiddempende barrière worden meegerekend onder artikel 6 lid 3 Hrl gezien het feit dat op basis van ervaringen in het verleden er geen twijfel meer bestaat dat zulke barrières *altijd* effectief zijn tegen geluidsoverlast? Als er wetenschappelijk gezien geen twijfel mogelijk is, zien wij niet in waarom er dan geen sprake is van mitigerende maatregelen.

### 3.4 Samenvattend

Rekening houdende met de hiervoor besproken uitspraken van het Hof in *Sweetman*, *Briels*, *Orleans & Malcorps*

kan worden geconcludeerd dat het Hof een strikte uitleg hanteert om te bepalen of een maatregel al dan niet een mitigerende (of een compenserende) maatregel in de zin van artikel 6 lid 3 Hrl is. Dit is geheel in lijn met de gebruikelijke werkwijze van het Hof, dat EU-bepalingen functioneel interpreteert aan de hand van het hoofddoel van de EU-richtlijn (of verordening) waarin de bepalingen opgenomen zijn.<sup>45</sup>

Een maatregel kan enkel als een mitigerende maatregel worden aangemerkt indien deze dient ter voorkoming of vermindering van de schadelijke gevolgen die rechtstreeks verband houden met een specifiek project of plan. Met andere woorden, de maatregel moet functioneel verbonden zijn met het beoogde project of plan (het *functionele verbondenheidscriterium*) en moet kunnen verzekeren dat de schadelijke gevolgen voor de specifieke natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied, die rechtstreeks te wijten zijn aan het beoogde project of plan (het *specificiteitscriterium*), voorkomen of verminderd worden (het *preventiecriterium*) en de maatregel moet gerealiseerd zijn op het moment dat de passende beoordeling van de schadelijke gevolgen van het beoogde project of plan is gemaakt (het *zekerheidscriterium*).<sup>46</sup> Wat dit laatste aangaat, zijn wij, zoals vermeld, de mening toegedaan dat als er op het moment van de passende beoordeling geen twijfel is aan de effectiviteit van de te treffen mitigerende maatregelen, deze ook na de passende beoordeling voltooid zouden mogen worden.

### 4. Uitleg van de begrippen mitigerende (en compenserende) maatregelen door de Afdeling en de noodzaak tot het stellen van prejudiciële vragen

Sinds 2008 is het vaste rechtspraak van de Afdeling dat mitigerende maatregelen mogen worden betrokken in een passende beoordeling ingevolge artikel 6 lid 3 Hrl.<sup>47</sup> Rekening houdende met de uitspraken van het Hof in de hiervoor besproken zaken *Sweetman* etc., zal hierna aan de hand van jurisprudentie van vóór en na deze uitspraken worden nagegaan in welke gevallen de Afdeling volgens ons een prejudiciële vraag had moeten stellen.

43 Vgl. Verbeek 2016, p. 294; zie in dit verband met name de uitspraken Vz. ABRvS 14 december 2015, zaaknr. 201507847/2/R6, ECLI:NL:RVS:2015:3994 (*Ulvenhout*) en ABRvS 4 mei 2016, zaaknr. 201504506/1/R6, ECLI:NL:RVS:2016:1228 (*Windpark Wieringermeer*).

44 TBR 2014/206.

45 Over deze werkwijze in het kader van het waterrecht, zie E.J.H. Plambeck & L. Squintani, 'De Bescherming en Verbetering van de Waterkwaliteit in Nederland, of: een Troebele Implementatie van de KRW', *M&R* 2017/2, p. 2-14, zie ook HvJ EU zaak C-473/14 (*Dimos Kropias Attikis*), ECLI:EU:C:2015:582, r.o. 50, betreffende de Strategische mer-richtlijn 2001/42/EG.

46 Deze categorieën zijn gebaseerd op R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016, p. 52-72; E. Plambeck en L. Squintani, 'De bescherming en verbetering van de waterkwaliteit in Nederland: of hoe vertroebeling niet bijdraagt aan een helder begrip en een juiste implementatie van de KRW', *M&R* 2017/1, p. 2-14.

47 O.a. ABRvS 7 mei 2008, zaaknr. 200604924/1, ECLI:NL:RVS:2008:BD1090 (*Zuiderklip*), «JM» 2008/75, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; GS 2008/97, m.nt. S.D.P. Kole; ABRvS 27 augustus 2014, zaaknr. 201305921/R3, ECLI:NL:RVS:2014:3217 (*Ulvenhout*), *M&R* 2015/20, m.nt. M.M. Kaajan.



Niet alle uitspraken zullen de revue passeren. Enkel de in dit verband, naar onze mening, meest relevante uitspraken zullen aan bod komen. Ze worden onderverdeeld in vier chronologisch opvolgende periodes: vóór *Sweetman, Briels en Orleans & Malcorps* (par. 4.1); na *Sweetman*, maar vóór *Briels, Orleans & Malcorps* (par. 4.2); na *Sweetman en Briels*, maar vóór *Orleans & Malcorps* (par. 4.3) en tenslotte na *Sweetman, Briels, Orleans & Malcorps* (4.4). Apart aandacht wordt besteed aan de verwijzingsuitspraken van de Afdeling van 17 mei 2017 en de ten behoeve van dit artikel relevante vragen die de Afdeling in deze uitspraken met betrekking tot de programmatische aanpak stikstof (PAS) aan het Hof heeft gesteld (par. 4.5).

#### 4.1 Vóór *Sweetman, Briels, Orleans & Malcorps*

Op 21 juni 2010 oordeelde de Afdeling in de *IJburg*-zaak<sup>48</sup> dat de aanleg van mosselbanken buiten een Natura 2000-gebied, ter vervanging van buiten het gebied gelegen mosselbanken, een mitigerende en geen compenserende maatregel is. Omdat deze maatregel niet kon voorkomen dat de bestaande, te beschermen mosselbanken door het bouwproject zouden worden vernietigd (de aanleg van de nieuwe mosselbanken kunnen enkel de nadelige gevolgen op de foerageermogelijkheden van betrokken vogels ‘ondervangen’), had de Afdeling, rekening houdende met de ingevolge artikel 6 lid 3 Hrl vereiste zekerheid omtrent het niet aantasten van de natuurlijke kenmerken, aan het Hof de prejudiciële vraag moeten stellen of deze maatregel desondanks als een mitigerende maatregel kon worden aangemerkt.

Afgezien van schending van het preventiecriteria (en het zekerheidscriteria) heeft de Afdeling met deze uitspraak, door geen prejudiciële vraag te stellen, ook in strijd met artikel 267 VWEU gehandeld.

De *IJburg*-uitspraak van 2010 is vergelijkbaar met de A2-verwijzingsuitspraak van 7 november 2012.<sup>49</sup> Waarom de Afdeling in 2010 niet, maar in 2012 wel aanleiding zag tot het stellen van een prejudiciële vraag, is ons niet duidelijk.

In de literatuur werd veel kritiek op de *IJburg*-uitspraak geleverd, zij het dat deze kritiek verdeeld was. Het achteraf aanleggen van een nieuwe mosselbank was volgens een aantal schrijvers geen mitigerende, maar een compenserende maatregel.<sup>50</sup> Andere schrijvers waren daarentegen

de mening toegedaan dat het beoogde bouwproject ‘per saldo’ geen gevolg voor het gebied had en dus niet gemitigeerd hoefde te worden.<sup>51</sup> ‘Per saldo’ geen gevolgen voor het gebied wil echter nog niet zeggen dat bestaande mosselbanken door het in het geding zijnde project niet worden aangetast en dat er dus geen sprake was van aantasting van de natuurlijke kenmerken van het gebied. Met deze uitspraak handelde de Afdeling dan ook, naar onze mening, in strijd met het bepaalde in artikel 6 lid 3 Hrl.

Wat betreft plannen waarvoor een passende beoordeling moet worden gemaakt, oordeelde de Afdeling in haar uitspraak in de *Perkpolder*-zaak van 29 juni 2011<sup>52</sup> (van vóór *Sweetman*) dat het niet in strijd met de destijds nog vigerende Natuurbeschermingswet 1998<sup>53</sup> (Nbw 1998) was dat de in de in geding zijnde passende beoordeling genoemde maatregelen, die bovendien niet in het plan waren vastgelegd, ten tijde van de vaststelling van het plan nog niet waren getroffen.

Alvorens met de realisatie van het project kon worden begonnen, was immers een vergunning als bedoeld in artikel 19d Nbw 1998 met de daarbij op te stellen passende beoordeling vereist. Omdat hierdoor niet conform artikel 6 lid 3 Hrl met zekerheid (wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel) kon worden vastgesteld dat de natuurlijke kenmerken zouden worden aangetast, had het voor de hand gelegen dat de Afdeling hierover een prejudiciële vraag gesteld zou hebben.

**De vraag is of ‘voldoende zeker’ hetzelfde betekent als ‘wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel’**

Dit geldt ook voor de *Windpark Urk*-zaak<sup>54</sup> van 9 februari 2012. De in deze zaak voorziene maatregelen konden de nadelige effecten van het in het geding zijnde windturbinepark op de foerageermogelijkheden van diverse eendensoorten in het Natura 2000-gebied IJsselmeer niet voorkomen, doch konden slechts de gevolgen (en bovendien ook nog slechts ‘naar verwachting’ en dus niet met zekerheid) ‘ondervangen’. Er werd dus niet voldaan aan het preventiecriteria noch aan het zekerheidscriteria en er was naar

48 ABRvS 21 juli 2010, zaaknr. 200902644/1, ECLI:RVS:2010:BN1933, «JM» 2010/98, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; BR 2010/153, m.nt. H.E. Woldendorp.

49 ECLI:NL:RVS:2012:BY2504. In de definitieve uitspraak in de *Tracébe-sluit A2*-zaak (ABRvS 10 december 2014, zaaknr. 201110075/4/R4 en 201201853/3/R4, ECLI:NL:RVS:2014:4431, J.M.I.J. Zijlmans en A.A. Freriks, *TGMA* 2015/5, *Bouwwrecht* 2015/13, m.nt. H.E. Woldendorp, *M&R* 2015/27, m.nt. M.M. Kaajan) oordeelde de Afdeling overigens dat er geen sprake was van mogelijke significante gevolgen, zodat er helemaal niet meer hoefde te worden stilgestaan bij de inzet van mitigerende maatregelen.

50 O.a. A.G.A. Nijmeijer, ‘Bestemmingsplan en passende beoordeling onder vigeur van de gewijzigde Natuurbeschermingswet 1998: een blijvend punt van aandacht?’, *TBR* 2009/179; R.H.W. Frins, *AB* 2014/189 (noot bij *Briels*).

51 J.M. Verschuuren, noot bij Vz. ABRvS, 31 augustus 2009, zaaknr.

200902644/2/R2 (*IJburg*), *M&R* 2010/19; ABRvS 21 juli 2010 (*IJburg*), zaaknr. 200902644/2/R2, *M&R* 2011/160.

52 Zaaknr. 200905914/1/R2, ECLI:NL:RVS:2011:BQ9692, «JM» 2011/107, m.nt. Hoevenaars.

53 Het in de Nbw 1998 verankerde gebiedsbeschermingsregime is inmiddels vervangen door de op 1 januari 2017 in werking getreden Wet natuurbescherming; zie over deze wet o.a. Jacqueline Zijlmans, ‘De Wet natuurbescherming: van hetzelfde laken een pak?’, «JM» 2017/953 en Jacqueline Zijlmans, ‘De Wet natuurbescherming: oude wijn in nieuw zakken?’, *PRO* 2016/518.

54 ABRvS 2 februari 2012, zaaknr. 201100875/1/R2, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215, «JM» 2012/53 m.nt. J.M.I.J. Zijlmans en S.M. van Velsen.

onze mening, dan ook sprake van schending van zowel artikel 6 Hrl als artikel 267 VWEU.

Hetzelfde geldt voor uitspraken van de Afdeling inzake ‘externe saldering’<sup>55</sup> in stikstofdepositie gerelateerde zaken.<sup>56</sup> Ook hierin liet de Afdeling na een prejudiciële vraag te stellen of dergelijke salderingsmaatregelen als mitigerende maatregelen in een passende beoordeling betrokken mogen worden. Met ‘externe saldering’<sup>57</sup> – dat weliswaar voorkomt dat de depositie op een habitatype per saldo groter wordt – wordt niet, zoals artikel 6 lid 3 Hrl verlangt, voorkomen dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied worden aangetast.

Een aantal van de hiervoor aangehaalde uitspraken inzake ‘externe saldering’ dateert van na *Briels*. Desondanks bleef de Afdeling na *Briels* nog een tijd volharden dat ‘externe saldering’ niet met artikel 6 Hrl in strijd is.

We lopen hiermee enigszins vooruit op de in de volgende paragrafen aan bod komende uitspraken van na *Briels*, maar hier mag reeds gesteld worden dat *Briels* niet kon voorkomen dat de Afdeling in deze uitspraken in strijd met artikel 6 lid 3 Hrl en artikel 267 VWEU handelde.

Ook beheermaatregelen, zoals bijvoorbeeld maaien of plaggen, waarmee stikstof van stikstofgevoelige habitatypes worden afgevoerd, hebben niet als gevolg dat de stikstofdepositie die rechtstreeks door een beoogd project of plan wordt veroorzaakt, voorkomen of verminderd wordt. Dergelijke maatregelen voorkomen of verminderen niet de toename van stikstofdepositie ten gevolge van het beoogde project of plan, doch ‘ondervangen’ enkel de gevolgen van de toegenomen depositie<sup>58</sup> door betrokken habitatype robuuster te maken. Desondanks werden ook dergelijke maatregelen door de Afdeling als mitigerende maatregelen aangemerkt. Een voorbeeld is de *Kolencentrale Eemshaven*-zaak van 24 augustus 2011<sup>59</sup> die voor de Afdeling wederom (ondanks schending van het preventiecriterium en het functionele verbondenheidscriterium) geen aanleiding was voor het stellen van een prejudiciële vraag.

Bovenstaande analyse toont aan dat in de periode vóór *Sweetman* de naleving door de Afdeling van de op haar rustende verplichting onder artikel 4 lid 3 VEU van loyale samenwerking met het Hof in het kader van artikel 6 Hrl en artikel 267 VWEU zeer mager is geweest. Helaas wordt deze naleving niet beter in de periode na *Sweetman* (maar voor *Briels*, *Orleans & Malcorps*) zoals hierna te bespreken.

#### 4.2 Na *Sweetman*, maar vóór *Briels*, *Orleans & Malcorps*

In de tweede *Kolencentrale Eemshaven*-uitspraak van 16 april 2014<sup>60</sup> bleef de Afdeling, ondanks de op dat moment bij het Hof aanhangige A2-verwijzingsuitspraak van 7 november 2012, waarmee de Afdeling te kennen had gegeven dat de kwalificatie van maatregelen als mitigerende maatregelen nog geen *acte éclairé* of *acte clair* was, bij haar standpunt dat beheermaatregelen als mitigerende maatregelen kunnen worden aangemerkt. Het betrof in deze zaak het verwijderen van berkenopslag ter verbetering van de conditie van het in betrokken Natura 2000-gebied te beschermen habitatype hoogveen. Die maatregel, waarmee enkel de ‘effectketen’ van vermessing en verdroging in enige mate zou worden gered, kon de oorzaak van de aantasting van het hoogveen ten gevolge van het beoogde project niet wegnemen. Desondanks werd die maatregel door de Afdeling, in strijd met het preventiecriterium, als mitigerende maatregel aangemerkt. De Afdeling verlangde wel dat het om ‘aanvullende’ beheermaatregelen zou gaan en dus niet beheermaatregelen die in ieder geval, los van een project of plan, ingevolge artikel 6 lid 1 Hrl getroffen dienden te worden. Met andere woorden, de maatregelen dienen wel functioneel met het project of plan verbonden te zijn. Het is niet verwonderlijk dat ook ten aanzien van het betrekken van beheermaatregelen in de passende beoordeling in de literatuur de nodige kanttekeningen zijn geplaatst.<sup>61</sup>

In voornoemde zaak werd de zogenaamde ‘systeembenadering’<sup>62</sup> gehanteerd waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van het betrokken Natura 2000-gebied, die bepalend zijn voor de aanwezigheid en

55 Tussen een saldogevend bedrijf dat stikstofdepositie voor een bepaald habitatype veroorzaakt en een saldo-ontvangend bedrijf dat stikstofdepositie voor hetzelfde habitatype veroorzaakt.

56 Vz. ABRvS 16 maart 2011, zaaknr. 200909282/1/R2, ECLI:NL:RVS:2011:BP7785 (*Kempeland-West*); ABRvS 13 november 2013, zaaknr. 201303243/1/R2, ECLI:NL:RVS:2013:1931 (*Natuurvergunningen Noord-Brabant*), «JM» 2014/12 m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; TBR 2014/30 m.nt. R. H.W. Frins, M&R 2014/41, m.nt. M.M. Kaajan; ABRvS 15 oktober 2014, zaaknr. 201301225/2/R2, ECLI:NL:RVS:2014:3673 (*Rockanje*); ABRvS 16 november 2016, zaaknr. 201508345/1/R2, ECLI:NL:RVS:2016:3068; ABRvS 30 november 2016, zaaknr. 201600711/1/R2, ECLI:NL:RVS:2016:3154 (*Groesbeek*); ABRvS 25 januari 2017, zaaknr. 201602608/1/R2, ECLI:NL:RVS:2017:188 (*Hulsel*).

57 Externe saldering is ingevolge de op 1 januari 2017 in werking getreden Wet natuurbescherming in beginsel niet meer toegestaan.

58 J.M.I.J. Zijlmans, A.A. Freriks, ‘Hoe verder met mitigatie en compensatie? Uitspraak Hof van Justitie C-521/12 (*Briels* e.a.) nader beschouwd’, *TGMA* 2014/3, p. 110-118.

59 ABRvS 24 augustus 2011, zaaknr. 200900425/1/R2, ECLI:NL:RVS:2011:BR5684, *BR* 2011/174, m.nt. H.E. Woldendorp; M&R 2011/192, m.nt. J.M. Verschuuren.

60 Zaaknr. 201304768/1/R2, ECLI:NL:RVS:2014:1312, «JM» 2014/80, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans en G.A.J.M. Hoevenaars; TBR 2014/123, m.nt. R.H.W. Frins; *BR* 2014/92, m.nt. H.E. Woldendorp; M&R 2014/111, m.nt. M.M. Kaajan.

61 O.a. R.H.W. Frins in zijn noot bij de *kolencentrale Maasvlakte*-uitspraak van 27 januari 2016, TBR 2016/103; vgl. R.H.W. Frins, *Mitigatie, compensatie en saldering in het omgevingsrecht* (diss.), Den Haag, Instituut voor Bouwrecht, 2016; J.M.I.J. Zijlmans, A.A. Freriks, ‘Hoe verder met mitigatie en compensatie? Uitspraak Hof van Justitie C-521/12 (*Briels* e.a.) nader beschouwd’, *TGMA* 2014/3, p. 110-118.

62 Zie over de ‘systeembenadering’ o.a. M.A.A. Soppe en J. Gundelach in hun noot bij *Briels*, TBR 2014/154. Zij merken op dat een praktisch bezwaar tegen systeembenadering is dat het soms jaren duurt voordat betrokken maatregelen effect sorteren. *Briels* staat er volgens Soppe en Gundelach (maar ook volgens Janette Verbeek, *Gebiedsbescherming in de Wet natuurbescherming*, Paris, 2016 (hierna Verbeek 2016)), p. 294, niet aan in de weg dat deze systeemmaatregelen als mitigerende maatregelen worden aangemerkt. In dezelfde zin, H.E. Woldendorp in *BR* 2014/92 (noot bij ABRvS 16 april 2014, zaaknr. 201304768/1/R2, ECLI:NL:RVS:2014:1312 (*Eemshaven*)).

het functioneren van die habitattypen. Door beïnvloeding van die factoren, zoals de waterstand, worden de betrokken habitattypen robuuster, waardoor ze eventueel in staat zijn een toename van stikstof ten gevolge van een project (of plan) op te vangen. De Afdeling oordeelde dat een dergelijke systeembenadering in beginsel niet in strijd is met de *Kokkelvisserij*-uitspraak en de nodige zekerheid kan bieden omtrent het niet aantasten van de natuurlijke kenmerken. Dit oordeel is naar onze mening wederom in strijd met, in ieder geval, het preventiecriterium en het specificiteitscriterium.

In de *Dwingelderveld*-zaak<sup>63</sup> van 29 mei 2013 oordeelde de Afdeling dat betrokken maatregelen de beperkte toename van versterking van de zwarte specht konden 'ondervangen' en hiermee de zekerheid kon worden verkregen dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zouden worden aangetast.

Deze zaken laten zien dat er sprake is van een tendens bij de Afdeling om geen prejudiciële vragen te stellen en tot conclusies te komen die, naar onze mening, niet verenigbaar zijn met het EU-recht.

De prejudiciële verwijzing in *Briels* kon een teken van verandering zijn. Toch is er ook in de periode na *Sweetman* en *Briels*, maar vóór *Orleans & Malcorps*, zoals besproken in de volgende paragraaf, weinig veranderd in de werkwijze van de Afdeling.

### 4.3 Na Sweetman en Briels, maar vóór Orleans & Malcorps

Voor wat betreft plannen welke een passende beoordeling vereisen, oordeelde de Afdeling, in tegenstelling tot de reeds besproken (pre *Briels*) *Perkpolder*-zaak, in haar uitspraak van 27 mei 2015 in de *Oude IJsselstreek*-zaak<sup>64</sup> dat het op de weg had gelegen van het bevoegd gezag de (vergelijkbare) mitigerende maatregel – een stilstandsregeling voor tien windmolens – vanwege de grutto in het bestemmingsplan te waarborgen.

Wat beheermaatregelen aangaat, blijft de Afdeling ook na *Sweetman* en *Briels* – zoals in de *Rozendaal*-uitspraak van 11 november 2015<sup>65</sup> – bij haar standpunt dat beheermaatregelen als mitigerende maatregelen in een passende beoordeling mogen worden betrokken, op voorwaarde dat deze aanvullend op het bestaand beheer zijn, en specifiek met het oog op de uitvoering van het project of plan, en op de plek waar het plan of project negatieve gevolgen veroorzaakt, worden getroffen. Of voldaan wordt aan het zekerheidscriterium is voor de Afdeling irrelevant.

Niet in alle post *Briels*-zaken oordeelt de Afdeling echter dat beheermaatregelen als mitigerende maatregelen in een passende beoordeling mogen worden betrokken. Zo oordeelde zij op 20 juli 2016 in de *Kempenland-West-*

zaak<sup>66</sup> dat bij de vaststelling van beheermaatregelen wel de aangevraagde activiteiten en de gevolgen daarvan voor de in het geding zijnde natuurwaarden betrokken moeten worden en dat er inzicht moet bestaan in de vraag of met die beheermaatregelen de negatieve effecten van het project of plan in voldoende mate voorkomen zullen worden, zodat verzekerd is dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast.

Hiermee lijkt de Afdeling rekening te houden met het functioneel verbondenheidscriterium en het specificiteitscriterium. Toch wordt door de Afdeling, naar onze mening onterecht, geen aandacht geschonken aan het gegeven dat deze criteria impliceren dat mitigerende maatregelen op 'locatie' de schadelijke gevolgen voor natuurwaarden in een Natura 2000-gebied moeten kunnen voorkomen of verminderen. Deze locatiegebondenheid-voorwaarde geldt ook voor (aanvullende) beheermaatregelen die als mitigerende maatregelen in een passende beoordeling worden betrokken.

Een uitspraak waarin de Afdeling de locatiegebondenheid-voorwaarde van mitigerende maatregelen wel strikt toepast, is bijvoorbeeld de *Buitenring Parkstad Limburg*-uitspraak van 11 maart 2015.<sup>67</sup> Hierin oordeelde de Afdeling dat de afname van stikstofdepositie op arealen waarop het project geen stikstofdepositie veroorzaakt niet als een mitigerende maatregel in de passende beoordeling mag worden betrokken. Ook het gebruik van zogeheten stikstofdepositiebanken (salderingsbanken), waarbij uitgegaan wordt van saldering van stikstofdepositie per habitatype op gebiedsniveau, en waarbij toenames en afnamen van stikstofdeposities niet zijn gesaldeerd per locatie van het voorkomen van habitattypen, biedt volgens de Afdeling in de *Utrecht*-zaak<sup>68</sup> niet de zekerheid dat het beoogde project niet tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van betrokken Natura 2000-gebied leidt.

Een half jaar na *Briels* moest de Afdeling zich op 24 december 2014 in een drietal zaken buigen over de vraag of de in het geding zijnde maatregelen als mitigerende maatregelen in de passende beoordeling mochten worden betrokken.<sup>69</sup> Om te beginnen de *Renesse*-zaak<sup>70</sup> inzake een kustversterkingsproject, waarin de Afdeling oordeelde dat de in het geding zijnde maatregelen geen mitigerende maatregelen zijn ter voorkoming van schadelijke gevolgen voor bestaande habitattypen die rechtstreeks uit het project voortvloeien, maar maatregelen die bevorderen dat het habitatype opnieuw of op een andere locatie in het Natura

63 ABRvS 29 mei 2013, zaaknr. 201111343/1/A4, ECLI:NL:RVS:2013:CA1362.

64 Zaaknr. 2014000754/1/R2, ECLI:NL:RVS:2015:1621, «JM» 2015/116, m.nt. S.M. van Velsen.

65 Zaaknr. 201500569/1/R6, ECLI:NL:RVS:2015:3444.

66 Zaaknr. 201504768/1/R2, ECLI:NL:RVS:2016:2017, BR 2017/13, m.nt. H.E. Woldendorp.

67 Zaaknr. 201207642/1/R1, ECLI:NL:RVS:2015:706, BR 2015/44, m.nt. H.E. Woldendorp; M&R 2015/104, m.nt. M.M. Kaajan.

68 ABRvS 15 juli 2015, zaaknr. 2014071102/1/R2 e.a., ECLI:NL:RVS:2015:2224, *Bouwrecht* 2015/82, m.nt. H.E. Woldendorp.

69 Zie over deze drie post-*Briels* uitspraken van 24 december 2014, o.a. J.M.I.J. Zijlmans en A.A. Freriks, *TGMA* 2015/5.

70 ABRvS 24 december 2014, zaaknr. 201300125/1/R2, ECLI:NL:RVS:2014:4632, «JM» 2015/42, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; BR 2015/24, m.nt. H.E. Woldendorp; M&R 2015/53, m.nt. M.M. Kaajan.

2000-gebied tot ontwikkeling wordt gebracht. Hiermee wordt niet ongedaan gemaakt dat een deel van het feitelijk bestaande areaal verloren gaat.

Het oordeel van de Afdeling is naar onze mening terecht: er werd niet voldaan aan het preventiecriteria.

Op dezelfde dag sprak de Afdeling zich uit in de *Noordwijk*-zaak<sup>71</sup> inzake een Natura 2000-vergunning voor de uitbreiding van een golfbaan ter hoogte van bestaande habitattypen. Ten gevolge van het project zal het feitelijk aanwezige areaal van grijze duinen, kalkrijk, in het werkgebied van een van de aan te leggen golfbanen definitief verloren gaan. De Afdeling stelt vast dat de plaggentransplantatie en de andere maatregelen niet zien op het voorkomen of verminderen van de schadelijke gevolgen voor genoemd habitatype en dus niet als mitigerende maatregelen kunnen worden aangemerkt. Weer een, naar onze mening, correcte conclusie, gelet op het niet naleven van het preventiecriteria.

### Herstel betekent het achteraf repareren en dat betekent compenseren en niet mitigeren!

De derde zaak (*Nunspeet*<sup>72</sup>) tenslotte betrof de aanleg van een bedrijventerrein (De Kolk) en een rondweg nabij een Natura 2000-gebied. Hierin oordeelt de Afdeling, onder andere, dat een verrekening van de toe- en afnames van stikstofdepositie over de totale oppervlakte van een habitatype in een Natura 2000-gebied onvoldoende inzichten geeft om een oordeel over het duurzaam behoud van dat habitatype in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen te kunnen geven. De resultaten van een dergelijke verrekening kunnen dan ook niet ten grondslag worden gelegd aan de beoordeling van de effecten van een project. De afname van stikstofdepositie als gevolg van de beëindiging van het op de gronden van het toekomstig bedrijventerrein gelegen agrarisch bedrijf is in dit geval een rechtstreeks, onlosmakelijk gevolg van de uitvoering van het project. De beëindiging van het agrarisch bedrijf is volgens de Afdeling daarom niet aan te merken als een mitigerende maatregel. Deze maatregel valt of staat met de uitvoering van het project en beoogt niet de schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien te voorkomen/verzachten.

Een niet onbelangrijke vraag is of de *Briels*-uitspraak, die betrekking had op de aantasting van een habitatype, ook voor aantasting van (het leefgebied van) soorten geldt, en vooral bij flexibele soorten, zoals vogels, die naar andere leefgebieden kunnen uitwijken.

De *Zwakke Schakels*-uitspraak van 29 oktober 2014<sup>73</sup> had voor de Afdeling naar onze mening aanleiding moeten zijn voor het stellen van een dergelijke prejudiciële vraag. Deze zaak betrof het, ten gevolge van een kustversterkingsplan, verlies van een foerageergebied dat buiten het Natura 2000-gebied de Waddenzee ligt en van belang is voor (de omvang van) een populatie scholeksters waarvoor het gebied is aangewezen. Buiten het gebied wordt een nieuw foerageergebied aangelegd. Ondanks verlies van het bestaande foerageergebied, en dus ondanks *Briels*, oordeelt de Afdeling dat door de aanleg van het nieuw foerageergebied de natuurlijke kenmerken van de Waddenzee niet door het beoogde project worden aangetast.

Nu valt er iets voor te zeggen dat in het geval van soorten en met name vogelsoorten die flexibel zijn en meestal uitwijkmogelijkheden hebben, waardoor de omvang van de betrokken populatie uiteindelijk niet in gevaar komt, de situatie mogelijk anders ligt dan bij de bescherming van habitattypen. Het is echter aan het Hof en niet aan een nationale rechter om hierover een beslissing te nemen. In strijd met *Briels* en dus ook in strijd met artikel 6 lid 3 Hrl, past de Afdeling niet het zekerheidscriteria toe. Het spreekt, naar onze mening, voor zich dat de Afdeling hierover een prejudiciële vraag aan het Hof had moeten stellen.

Ook in de *Beekbergen*-zaak van 14 oktober 2015<sup>74</sup> oordeelde de Afdeling, in tegenstelling tot *Briels*, dat de aanleg van nieuw leefgebied voor de wespandief en zwarte specht op de krimplocaties, ter vervanging van het verlies van dit leefgebied vanwege de uitbreiding van een recreatiebedrijf in het voorliggende geval, een mitigerende maatregel is.

Het ging in deze zaak eveneens – anders dan bij *Briels* (habitatype) – om een flexibele soort, waarvan de instandhouding niet afhangt van het aangetaste leefgebied (vervankelijk en uitwijkmogelijkheden). Dat neemt niet weg dat de in het geding zijnde maatregel (aanleg nieuw leefgebied) niet voorkomt dat een bestaand leefgebied in een Natura 2000-gebied door het project wordt aangetast.

Deze zaak had voor de Afdeling eveneens aanleiding moeten zijn een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen; bijvoorbeeld of het antwoord op de vraag of er sprake is van een mitigerende maatregel in voorkomend geval niet mede afhangt van (de flexibiliteit van) de soort, (de afhankelijkheid van betrokken populatie van) het leefgebied dat wordt aangetast en de (wel of niet vervangbare) functie van dat leefgebied.<sup>75</sup> Aansluitend had de Afdeling de vraag

71 Zaaknr. 201202327/1/R2, ECLI:NL:RVS:2014:4630, *JM* 2015/41, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; *BR* 2015/23, m.nt. H.E. Woldendorp; *M&R* 2015/52, m.nt. M.M. Kaajan.

72 Zaaknr. 201309655/1/R2, ECLI:NL:RVS:2014:4672, *BR* 2015/22, m.nt. H.E. Woldendorp.

73 Zaaknr. 201309630/1/R6, ECLI:NL:RVS:2014:3884, *TBR* 2014/206, m.nt. R.H.W. Frins; *JM* 2015/13, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; *BR* 2014/137, m.nt. H.E. Woldendorp; *M&R* 2015/36, m.nt. M.M. Kaajan.

74 ABRvS 14 oktober 2015, zaaknr. 201406965/1/R2, ECLI:NL:RVS:2015/3192, *JM* 2015/146, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; *TBR* 2015/193, m.nt. R.H.W. Frins; vgl. ABRvS 14 oktober 2015, zaaknr. 201406968/1/R2, ECLI:NL:RVS:2015/3194; *JM* 2015/146, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; *M&R* 2016/9, m.nt. M.M. Kaajan.

75 Vgl. commentaar J.M.I.J. Zijlmans bij ABRvS 14 oktober 2015, zaaknr. 201406965/1/R2, ECLI:NL:RVS:2015/3192, *JM* 2015/146; vgl. Verbeek 2016, p. 282.



kunnen stellen of ook buiten een Natura 2000-gebied getroffen maatregelen in voorkomend geval als mitigerende maatregelen kunnen worden aangemerkt.

In de literatuur<sup>76</sup> wordt naar aanleiding van deze uitspraak gesteld dat als de functie van een leefgebied kan worden overgenomen, er zelfs geen sprake is van negatieve gevolgen, zodat er ook niet gemitigeerd hoeft te worden. Een dergelijke conclusie gaat naar onze mening wel erg ver; zeker in die gevallen waarin sprake is van aantasting van bestaand leefgebied, en vooral als deze leefgebieden (mede) aanleiding waren voor de aanwijzing van het gebied als Natura 2000-gebied.

Het aanleggen van een alternatief/vervangend leefgebied als een mitigerende maatregel aanmerken is niet in overeenstemming met het specificiteitscriterium en preventiecriterium. Het uitgaan van het behoud van de functie van een leefgebied in plaats van voornoemde criteria had dan ook onderwerp moeten zijn van een prejudiciële vraag.

Volledigheidshalve kan nog vermeld worden dat het vervangende leefgebied in eerdergenoemde *Beekbergen*-zaak volgens de Afdeling reeds ‘ontwikkeld’ was. Hoewel dit niet uit de uitspraak kan worden afgeleid, gaan we ervan uit dat dit impliceert dat het vervangend leefgebied op het moment van de passende beoordeling reeds (bewezen!) functioneel en effectief was. Zo niet, dan zou het zekerheidscriterium overtreden zijn.

Wat in de *Beekbergen*-zaak verder interessant is om bij stil te staan, is dat de Afdeling inhaakt op het ‘duurzaam behoud’-criterium van *Sweetman*. Zolang de natuurlijke kenmerken maar duurzaam behouden worden, is er volgens het Hof geen sprake van aantasting van de natuurlijke kenmerken. Hiervan zou in deze zaak sprake zijn. Dit neemt uiteraard niet weg dat de maatregelen waarmee de natuurlijke kenmerken duurzaam behouden worden en waarmee in de passende beoordeling rekening mag worden gehouden, moeten voldoen aan de criteria voor mitigerende maatregelen.

Naast het behoud van de draagkracht van het gebied (voldoende alternatieven) werden er in deze zaak ook andere beschermingsmaatregelen getroffen ter beperking van de, ten gevolge van het project, additionele sterfte van scholeksters. Bovendien ging het slechts om een tijdelijk verhoogde wintersterfte. Samengevat, vindt er volgens de Afdeling dan ook geen ingreep plaats die de natuurlijke kenmerken van het gebied blijvend in gevaar brengt.

De Afdeling houdt bij haar oordeel rekening met de tijdelijkheid van de verhoogde wintersterfte. Deze tijdelijkheid van de schadelijke gevolgen van een project of plan had voor de Afdeling wederom aanleiding moeten zijn voor het stellen van een prejudiciële vraag. Klopt het namelijk dat uit *Sweetman* kan worden afgeleid dat, zolang de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied maar duurzaam behouden blijven, er geen mitigerende maatregelen

hoeven te worden ingezet? Tijdelijkheid betekent herstelbaar. Wanneer dit herstel niet natuurlijk, zonder menselijk ingrijpen, wordt bereikt, maar door het achteraf treffen van additionele maatregelen, kom je, naar onze mening, bij de compensatiemaatregelen van artikel 6 lid 4 Hrl uit.

In deze zaak speelde ook een rol dat het om kwaliteitsverlies op een relatief kleine oppervlakte ging. In voorkomend geval en zeker in het geval van zeldzame habitattypen of leefgebieden van soorten mag en kan dit echter, naar onze mening, geen rol spelen.

Naast de tijdelijkheid had dus ook de ‘verwaarloosbaarheid’ van de schadelijke gevolgen voor de Afdeling aanleiding moeten zijn voor het stellen van een prejudiciële vraag.

In de literatuur zijn de meningen over tijdelijke, herstelbare gevolgen verdeeld. Frins is de mening toegedaan dat te allen tijde, en dus ook bij tijdelijke gevolgen, op het moment van de passende beoordeling zeker moet zijn dat aantasting van de natuurlijke kenmerken wordt voorkomen.<sup>77</sup> Verbeek<sup>78</sup> is echter – met verwijzing naar de Conclusie van de A-G bij *Briels*<sup>79</sup> en het *Sweetman*-arrest – de mening toegedaan dat bij tijdelijke, herstelbare gevolgen in voorkomend geval geen sprake is van aantasting van het duurzaam behoud van de natuurlijke kenmerken. Hier kan, naar onze mening, weer tegen in worden gebracht dat het Hof het in *Briels* heeft over het voorkomen of verminderen van ‘eventueel zelfs blijvende’ gevolgen.<sup>80</sup> Hieruit menen wij op te maken dat ook bij tijdelijke gevolgen niet uitgesloten kan worden dat de duurzaamheid van betrokken natuurwaarden wordt aangetast. Kortom, er zijn voldoende redenen om toch een prejudiciële vraag te stellen.

In tegenstelling tot de *Zwakke Schakels*-zaak en de *Beekbergen*-zaak oordeelde de Afdeling in de *Reevediep*-zaak<sup>81</sup> van 11 februari 2015 dat de in het plan Kampen voorziene ontwikkeling van nieuw rietmoeras niet gericht is op het voorkomen of verminderen van de schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien, reeds omdat de aantasting van het bestaande broed- en leefgebied plaatsvindt binnen het Natura 2000-gebied, terwijl de beoogde beschermingsmaatregel betrekking heeft op gronden buiten het Natura 2000-gebied. Gelet hierop en in het licht van het *Briels*-arrest, kan het nieuwe rietmoeras volgens de Afdeling niet als een mitigerende maatregel worden aangemerkt.

Wat de verwaarloosbaarheid van schadelijke gevolgen aangaat, kan ook nog gewezen worden op de uitspraak van de Afdeling in de *Markermeer/IJmeer*-zaak van 11 maart

76 H.E. Woldendorp, *BR* 2014/137.

77 *TBR* 2014/206, naar aanleiding van *Briels*.

78 Verbeek 2016, p. 295.

79 HvJ EU 27 februari 2014, zaaknr. 201307354/1/R6, ECLI:EU:C:2014:330, «JM» 2015/54, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans.

80 R.o. 30-31.

81 ABRvS 11 februari 2015, zaaknr. 201401736/1/R6, ECLI:NL:RVS:2015:345, *TGMA* 2015/5, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans en A.A. Freriks; *M&R* 2015/54, m.nt. M.M. Kaajan; vgl. ABRvS 23 december 2015, zaaknr. 201409359/1/R2, ECLI:NL:RVS:2015:3980 (*Budel-Weert*), «JM» 2016/28, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans, *M&R* 2016/31, m.nt. M.M. Kaajan.



2015.<sup>82</sup> De in het geding zijnde uitbreiding van een jachthaven leidt weliswaar tot een afname van 1,2 ha van het habitattype kranswierwater in betrokken Natura 2000-gebied, maar omdat na aanmelding van het gebied de oppervlakte van het habitattype van 1000 ha naar 1906 ha is toegenomen, terwijl voor dit habitattype in het gebied (slechts) een behoudoedstelling geldt, is er volgens de Afdeling geen sprake van aantasting van de natuurlijke kenmerken.

De Afdeling verwijst voor haar oordeel naar de *Sweetman*-uitspraak. De vraag is echter of uit deze uitspraak valt te destilleren dat voor de noodzaak tot het treffen van mitigerende maatregelen rekening moet/mag worden gehouden met de doelstellingen van het Natura 2000-gebied. Uiteraard dient hiermee – in het kader van artikel 6 lid 3 Hrl – rekening te worden gehouden, maar deze doelstellingen ontslaan een initiatiefnemer niet van het treffen van mitigerende maatregelen ter voorkoming of vermindering van de rechtstreekse schadelijke gevolgen van zijn project. Het had dan ook in deze zaak wederom voor de hand gelegen als de Afdeling hierover een prejudiciële vraag had gesteld. Deze gelegenheid deed zich trouwens ook al voor in de reeds ter sprake gekomen *Dwingelderveld*-uitspraak van 29 mei 2013 evenals de *Zwakke Schakels*-uitspraak van 29 oktober 2014. In laatstgenoemde zaak was er sprake van een afname van een te beschermen populatie, maar omdat de omvang van de populatie hierdoor niet kleiner werd dan de in de instandhoudingsdoelstellingen genoemde omvang, oordeelde de Afdeling dat er geen sprake was van een ingreep die de natuurlijke kenmerken van het gebied aantast.

Ook in de *Hedwigepolder*-uitspraak van 12 november 2014<sup>83</sup> oordeelde de Afdeling dat een afname van slechts 26 ha van betrokken habitattype – rekening houdende met het feit dat de oppervlakte van dit habitattype gebruikelijk fluctueert tussen de 2250 en 2800 ha – gering en nauwelijks merkbaar is, zodat er geen sprake was van aantasting van de natuurlijke kenmerken. Hoewel het Hof zich hierover nog niet heeft uitgesproken, laat de Afdeling in alle drie hiervoor besproken zaken, naar onze mening onterecht, na hierover een prejudiciële vraag te stellen, terwijl het aanleggen van een alternatief leefgebied niet in overeenstemming is met het specificiteitscriterium en preventiecriterium.

De zaken van na *Briels*, maar vóór *Orleans & Malcorps*, laten een verhoging van de afstemming tussen de interpretatie van de Afdeling en die van het Hof zien. Het preventiecriterium wordt nu meestal correct toegepast door de Afdeling. Toch zijn er nog steeds zaken waarin de Afdeling, ondanks de onduidelijkheid van de antwoorden, geen prejudiciële vragen stelt. Bovendien wordt in deze zaken geen rekening gehouden met het zekerheids criterium.

In de volgende paragraaf zal worden nagegaan of dit anders is na *Orleans & Malcorps*.

#### 4.4 Na Orleans & Malcorps

Wat de periode na *Orleans & Malcorps* – en dus na 21 juli 2016 – aangaat, willen we, voorafgaand aan de bespreking van de PAS-verwijzingsuitspraken in paragraaf 4.5, nog stilstaan bij een tweetal uitspraken.

Om te beginnen de uitspraak in de *Radio Kootwijk*-zaak.<sup>84</sup> Hierin oordeelde de Afdeling dat omvorming van naaldbos tot loofbos niet de toename ten gevolge van het betrokken plan van depositie op de in het geding zijnde habitattypen in het Natura 2000-gebied de Veluwe kan mitigeren en dus niet als een mitigerende maatregel in de passende beoordeling betrokken had mogen worden. Daarentegen werd het ingrijpen in de soortensamenstelling (maatwerk) ten aanzien van het habitattype beuken-eikenbos met hulst en het bestrijden van invasieve soorten en het verwijderen van kleinschalig strooisel ten aanzien van het habitattype oude eikenbos wel door de Afdeling als een mitigerende maatregel aangemerkt.<sup>85</sup>

Met deze uitspraak onderstreept de Afdeling, geheel conform *Briels*, de locatiegebondenheid van mitigerende maatregelen (specificiteitscriterium). Dat neemt niet weg dat in deze zaak niet met zekerheid kon worden vastgesteld dat door de voorziene maatregelen de rechtstreekse gevolgen van het beoogde plan voorkomen/verminderd zouden worden. De doeltreffendheid van de maatregelen ten aanzien van de soortensamenstelling was op het moment van de passende beoordeling van het plan immers niet bewezen. Met andere woorden, de Afdeling laat na het zekerheids criterium toe te passen.

In de *Camping Veluwe*-zaak van 29 maart 2017<sup>86</sup> houdt de Afdeling rekening met de draagkracht van het gebied. Appellanten hadden volgens de Afdeling niet aangetoond dat de draagkracht van de Veluwe voor de zwarte specht als gevolg van de verleende vergunning zal verminderen en daardoor het behalen van instandhoudingsdoelstelling in gevaar komt.<sup>87</sup>

Met dit oordeel gaat de Afdeling voorbij aan het feit dat door het beoogde project leefgebied van de zwarte specht wordt aangetast en dus aan de vraag of mitigerende maatregelen die aantasting kunnen voorkomen of verminderen. Deze zaak had voor de Afdeling wederom aanleiding moeten zijn aan het Hof de vraag te stellen of *Briels* ook geldt voor flexibele soorten zoals vogels met (voldoende) uitwijkmogelijkheden/vervangende leefgebieden in het gebied en/of in zo'n geval rekening mag worden gehouden met de draagkracht van het gebied.

Rekening houdende met deze uitspraken lijkt ons dat ook na *Orleans & Malcorps* de Afdeling het stellen van prejudi-

82 ABRvS 11 maart 2015, zaaknr. 201404137/1/R2 en 20147631/1/R2, ECLI:NL:RVS:2015:735 (JVVR), TBR 2015/88, m.nt. S.D.P. Kole; BR 2015/43, m.nt. H.E. Woldendorp.

83 ABRvS 12 november 2014, zaaknr. 201402491/1/R6, ECLI:NL:RVS:2014:4074, BR 2015/12, m.nt. H.E. Woldendorp.

84 ABRvS 12 oktober 2016, zaaknr. 201505796/1/R2, ECLI:NL:RVS:2016:2683.

85 Vgl. Verbeek 2016, p. 306.

86 Zaaknr. 201606041/1/R2, ECLI:NL:RVS:2017:847, «JM» 2017/66, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; TBR 2017/80, m.nt. R.H.W. Frins.

87 «JM» 2017/66, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; TBR 2017/80, m.nt. R.H.W. Frins.

ciële vragen onterecht heeft laten passeren, met discutabele resultaten.

#### 4.5 PAS-verwijzingsuitspraken

De meest recente uitspraken waarin de Afdeling wél prejudiciële vragen aan het Hof stelde over, onder andere, mitigerende maatregelen zijn de verwijzingsuitspraken van 17 mei 2017<sup>88</sup> inzake de programmatische aanpak stikstof (PAS). De eerste voor dit artikel relevante prejudiciële vraag die de Afdeling in deze uitspraken stelde, is of de positieve gevolgen van instandhoudings- en passende maatregelen voor bestaande arealen habitattypen en leefgebieden ingevolge artikel 6 leden 1 en 2 Hrl in de passende beoordeling mogen worden betrokken. Zo ja, is het dan van belang dat deze ten tijde van de passende beoordeling nog niet zijn uitgevoerd en het positieve effect daarvan nog niet is verwezenlijkt? Wat dit laatste aangaat, is daarbij monitoring en zo nodig bijsturing van de maatregelen van belang?

Zoals het Hof expliciet in *Briels* te kennen gaf, kunnen dergelijke maatregelen in ieder geval niet als mitigerende maatregelen (de Afdeling heeft het in dat verband over ‘beschermingsmaatregelen’) worden aangemerkt. Het zijn maatregelen die in ieder geval ingevolge artikel 6 leden 1 en 2 Hrl getroffen dienen te worden en los staan van het beoogde project (of plan). De vraag is dus in feite of de positieve gevolgen van instandhoudings- en/of passende maatregelen desondanks in een passende beoordeling van een specifiek project of plan mogen worden betrokken. Het zal dan toch in ieder geval om aanvullende maatregelen moeten gaan die rechtstreeks met het beoogde project of plan samenhangen.

In het geval het Hof deze vraag bevestigend beantwoordt, en dus ook met (aanvullende) instandhoudings- of beheer-maatregelen in een passende beoordeling rekening mag worden gehouden, wordt daarmee, naar onze mening, het accent verlegd van specifiek aan individuele projecten/plannen gerelateerde mitigerende maatregelen naar het voorkomen van aantasting van de natuurlijke kenmerken in het algemeen. Zolang betrokken natuurwaarden door de instandhoudings- en passende maatregelen maar robuust genoeg zijn om de schadelijke gevolgen van een project of plan te kunnen ondervangen, zou er geen sprake zijn van aantasting van natuurlijke kenmerken en hoeven er geen mitigerende maatregelen meer ter voorkoming of vermindering van de directe schadelijke gevolgen van een project of plan te worden getroffen. Anders gezegd, zolang de instandhouding van betrokken natuurwaarden, ten gevolge van de ingevolge artikel 6 leden 1 en 2 Hrl te treffen maatregelen, nog rek en ruimte biedt, kan een project of plan, ondanks directe mogelijk significante gevolgen, alsnog vergund/toegestaan worden.

88 ECLI:NL:RVS:2017:1259 en ECLI:NL:RVS:2017:1260, «JM» 2017/91 en 2017/92; J.M.I.J. Zijlmans, Verwijzingsuitspraak ECLI:NL:RVS:2017:1259 (en ECLI:NL:RVS:2017:1260) 17 mei 2017: ‘Kan het PAS de toets aan artikel 6, leden 2-3 Habitatrichtlijn doorstaan?’, «JM» 2017/958.

De vraag is of een dergelijke uitleg niet in strijd is met het aan artikel 6 lid 3 Hrl ten grondslag liggende voorzorgs-beginsel dat, zoals deze bepaling ook voorschrijft, in ieder individueel geval een passende beoordeling verlangt (specificiteitscriterium). ‘Passend’ betekent toegespitst op het specifieke project of plan en dit geldt ook voor de eventueel te treffen maatregelen ter voorkoming dat betrokken natuurlijke kenmerken van het gebied door dat project of plan worden aangetast.

**De Afdeling heeft veel kansen tot het stellen van prejudiciële vragen laten liggen, wat een volledige en correcte implementatie van artikel 6 Hrl niet ten goede is gekomen**

Overigens verbaast het ons dat de Afdeling een dergelijke vraag niet eerder heeft gesteld, terwijl daartoe wel gelegenheid was. In verschillende eerdere uitspraken<sup>89</sup> heeft de Afdeling geoordeeld dat met instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen ingevolge de leden 1 en 2 in een passende beoordeling rekening mag worden gehouden, maar heeft niet de noodzaak gezien om daarover op dat moment al een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen. Aangezien instandhoudingsmaatregelen en passende maatregelen ingevolge artikel 6 lid 1 en 2 in beginsel los van een project of plan worden getroffen, zal – tenzij het gaat om aanvullende en reeds getroffen maatregelen – ook de vereiste zekerheid omtrent de effectiviteit van die maatregelen op het moment van de passende beoordeling in voorkomend geval niet aangetoond kunnen worden. Hiermee rekening houdende is het nog maar zeer de vraag of instandhoudings- en passende maatregelen betrokken kunnen worden in de beoordeling van de schadelijke gevolgen van een project of plan voor betrokken natuurlijke kenmerken. In de literatuur is – met name in relatie tot de PAS – veel aandacht aan het betrekken van instandhoudingsmaatregelen in een passende beoordeling besteed. Zo is Frins de mening toegedaan dat instandhoudingsmaatregelen die in de toekomst worden uitgevoerd en waarvan dus de gevolgen nog niet zichtbaar zijn, niet in een passende beoordeling betrokken mogen worden.<sup>90</sup>

89 O.a. ABRvS 30 oktober 2013, zaaknr. 201203812/1R2, ECLI:NL:RVS:2013:1694 (*Kolencentrale Maasvlakte II*), «JM» 2013/165, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; AB 2014/23, m.nt. Ch.W. Backes; *Bouwrecht* 2014/7, m.nt. H.E. Woldendorp; «JB» 2013/153, m.nt. R.H.W. Frins; vgl. ABRvS 18 december 2013 (*Rockanje*), «JM» 2013/165, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; «JB» 2013/253, m.nt. R.H.W. Frins; *TBR* 2014/63, m.nt. S.D.P. Kole; ABRvS 10 december 2014, zaaknr. 201110075/4/R4 en 201201853/3/R4, ECLI:NL:RVS:2014:4431, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans en A.A. Freriks onder ABRvS 11 februari 2015, zaaknr. 201401736/1/R6, ECLI:NL:RVS:2015:345, *TGMA* 2015/5; *BR* 2015/13, m.nt. H.E. Woldendorp; *M&R* 2015/27, m.nt. M.M. Kaajan; ABRvS 27 januari 2016 (*kolencentrale Maasvlakte III*), zaaknr. 201406537/1/R2 en 201406589/1/R2, ECLI:NL:RVS:2016:170, «JM» 2016/45, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans; *TBR* 2016/103, m.nt. R.H.W. Frins; *Bouwrecht* 2016/21, m.nt. H.E. Woldendorp.

90 *TBR* 2016/103.

Wat de tweede prejudiciële vraag aangaat – of in een passende beoordeling rekening mag worden gehouden met de autonome daling van stikstofdepositie (feitelijke ontwikkeling) – geldt eveneens dat deze niet de directe schadelijke gevolgen van een project of plan op locatie voorkomt of vermindert en in ieder geval niet als mitigerende maatregel kan worden aangemerkt. Evenals bij instandhoudings- en passende maatregelen is de vraag in feite of desondanks toch met deze feitelijke ontwikkelingen in een passende beoordeling rekening mag worden gehouden.

Ten aanzien van feitelijke ontwikkelingen geldt eveneens dat hieromtrent geen zekerheid is op het moment van de passende beoordeling. Het gaat, zoals de Afdeling zelf te kennen geeft, om ‘verwachte’ feitelijke ontwikkelingen.

Ook hier rijst de vraag waarom de Afdeling niet eerder een dergelijke vraag aan het Hof heeft gesteld, terwijl daartoe wel aanleiding was. In verschillende eerdere uitspraken<sup>91</sup> oordeelde de Afdeling dat als ‘voldoende zeker’ is dat de autonome ontwikkeling zich zal voordoen, daarmee in de passende beoordeling rekening mag worden gehouden. De vraag is of ‘voldoende zeker’ hetzelfde betekent als ‘wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel’. Niet valt uit te sluiten dat de uitkomst daarvan uiteindelijk tegenvalt, terwijl, hiermee rekening houdende, activiteiten desondanks vergund worden. Ook als die zekerheid er is, had het voor de hand gelegen als de Afdeling in voornoemde uitspraken aan het Hof de vraag had gesteld of in de passende beoordeling ook met de positieve gevolgen van autonome ontwikkeling rekening mag worden gehouden.

De derde, voor dit artikel relevante prejudiciële vraag heeft specifiek betrekking op mitigerende maatregelen: mogen herstelmaatregelen die niet tot een afname van stikstofdepositie leiden, maar wel voorkomen dat de te hoge stikstofdepositie (of andere natuurbelastende factoren) schadelijke gevolgen kan hebben voor bestaande arealen habitattypen of leefgebieden, worden geduid als beschermingsmaatregelen (lees: mitigerende maatregelen) die in een passende beoordeling mogen worden betrokken? Zo ja, kunnen deze ook daarin worden betrokken als ze op het moment van de beoordeling nog niet zijn uitgevoerd en het positieve effect daarvan nog niet verwezenlijkt is?

Rekening houdende met *Briels e.a.* lijkt dit reeds een *acte éclairé*. Omdat herstelmaatregelen niet de schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit een project of plan voortvloeien op locatie voorkomen of verminderen (*Briels*), kunnen ze naar onze mening niet als mitigerende maatregelen worden aangemerkt. Herstel betekent het achteraf repareren en dat betekent compenseren en niet mitigeren!

Ondanks dat de Afdeling onderbouwd aangeeft dat het in dezen enkel om een tijdelijke (herstelbare) toename van stikstofdepositie gaat, heeft ze net als in eerdere zaken niet de gelegenheid aangegrepen om met betrekking tot tijde-

lijke (herstelbare) gevolgen en de noodzaak van het treffen van mitigerende maatregelen een prejudiciële vraag te stellen. Zoals vermeld, verbindt de Afdeling aan het oordeel van het Hof in *Sweetman* dat het duurzame behoud van de natuurlijke kenmerken niet door tijdelijke gevolgen wordt aangetast, de conclusie dat mitsdien geen mitigerende maatregelen getroffen hoeven te worden.

## 5. Enkele concluderende opmerkingen ter afsluiting

Teneinde de strenge ADC-toets van artikel 6 lid 4 Hrl te kunnen ontwijken, hebben bevoegde gezagen continu rek en ruimte bij de uitleg van artikel 6 lid 3 Hrl gezocht.

Die ruimte wordt – ook na *Sweetman*, *Briels*, *Orleans & Malcorps* – vooral gezocht in de uitleg van het begrip ‘mitigerende maatregelen’.

De besproken jurisprudentie toont aan dat de Afdeling in veel gevallen zich niet gehinderd voelt door de rechtspraak van het Hof en de criteria waaraan mitigerende maatregelen moeten voldoen. De Afdeling gaat (impliciet) in die zaken onterecht van een *acte éclairé* of *acte clair* uit en handelt hiermee in strijd met artikel 267 VWEU.

De Afdeling heeft veel kansen tot het stellen van prejudiciële vragen laten liggen, wat een volledige en correcte implementatie van artikel 6 Hrl niet ten goede is gekomen.

In tegenstelling tot de werkwijze van het Hof, heeft de Afdeling de voorkeur gegeven aan een interpretatie van de bepalingen van de Hrl die het bereiken van de doelen van de richtlijn belemmert.

Deze analyse maakt duidelijk dat het toegenomen vertrouwen van het Hof in de loyaliteit van de nationale rechter, zoals getoond in *Van Dijk*, niet berust op een objectieve waarneming van de juridische praktijk van de nationale gerechtshoven betreffende het stellen van prejudiciële vragen, althans niet in het kader van natuurbescherming.

Dit heeft geleid tot de impasse waarin Nederland nu terechtgekomen is: in afwachting van het antwoord van het Hof op de in de PAS-verwijzingsuitspraken gestelde vragen, moeten nu veel PAS-zaken noodgedwongen aangehouden worden. Dit had, naar onze mening, voorkomen kunnen worden als de bevoegde gezagen in dit verband de criteria en werkwijze van het Hof hadden gevolgd. Indien de Afdeling haar plicht/bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen strikt had opgevat, zou er nu meer duidelijkheid zijn over de verenigbaarheid van de PAS met de Hrl.

Dit artikel doet bovendien de vraag rijzen of het stellen van prejudiciële vragen niet alleen een plicht of bevoegdheid is, maar gewoon beter voor het waarborgen van de rechtszekerheid en op langere termijn zelfs bevorderlijk voor

91 ABRvS 31 oktober 2012, zaaknr. 201201588/1/R4, ECLI:NL:RVS:2012:BY1743 (N381); vgl. ABRvS 1 april 2015, zaaknr. 201402185/1/R2, ECLI:NL:RVS:2015:992 (*Cadzand*).

economische ontwikkelingen.<sup>92</sup> Het stellen van prejudiciële vragen leidt dus tot een ‘win-win-win’ situatie: het is goed voor de loyale samenwerking, het milieu en het bedrijfsleven.

Met de antwoorden door het Hof op de vragen inzake de relatie van het PAS met artikel 6 Hrl zullen nog veel vragen onbeantwoord zijn, zoals: ‘geldt *Briels c.s.* ook voor planten?’ en ‘moet bij flexibele (vogel)soorten die makkelijk naar andere leefgebieden kunnen uitwijken, op dezelfde wijze invulling aan *Briels c.s.* worden gegeven?’

Hopelijk is dit artikel ook voor procespartijen een stimulans tot het bij de Afdeling aansturen tot het stellen van prejudiciële vragen.

Ons advies aan de Afdeling is in ieder geval: stel gerust een prejudiciële vraag!

**Over de auteurs**

**Mr. dr. J.M.I.J. Zijlmans**

Research fellow aan de Rijksuniversiteit Groningen en senior juridisch adviseur Europees & internationaal (natuurbeschermings-) recht bij de Corporate Dienst van Rijkswaterstaat en redacteur van NBR.

**Dr. L. Squintani**

Universitair docent aan de Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Europees & economisch recht.

92 Over de relatie tussen rechtszekerheid en economische ontwikkelingen, zie J.A. Tangea, A. Portuese and O. Gough, ‘The Principle of Legal Certainty as a Principle of Economic Efficiency’, *European Journal of Law and Economics*, 2014, p. 1-26 en E.F. Hinton, ‘Balancing Justice, Expediency, and Legal Certainty: The Free Movement of Goods in the European Union’, *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* (1997) 5, p. 1-28, met verdere verwijzingen. Over de relatie tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid in het kader van de loyale samenwerking tussen nationale hoven en het Hof, zie L. Squintani en E. Plambeck, ‘Judicial Protection against Plans and Programmes Affecting the Environment: A Backdoor Solution to Get an Answer from Luxembourg’, *Journal of European Environmental & Planning Law* 13(3-4), p. 294-324.